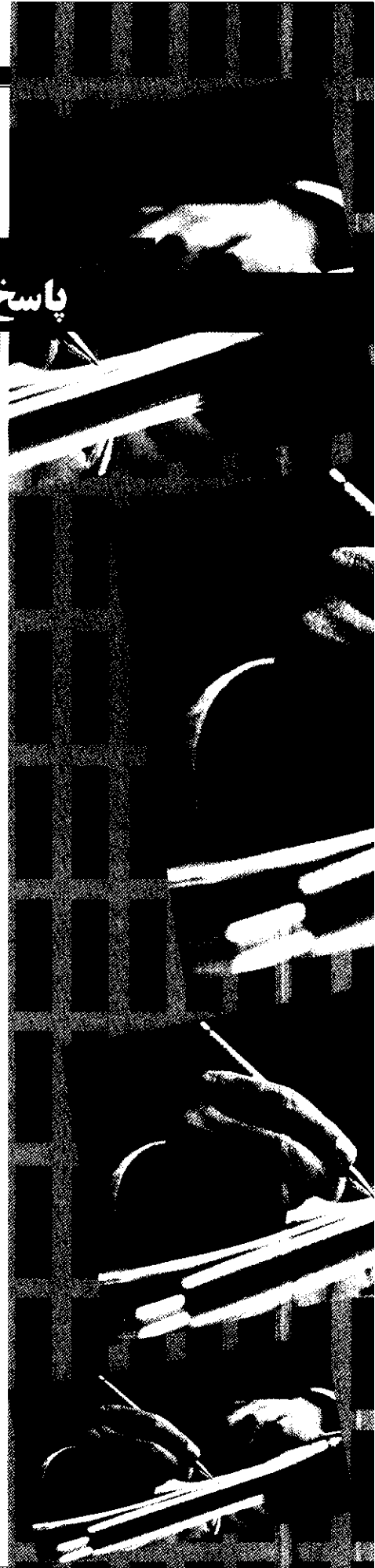


پاسخ به پرسش‌های ۳۳۴ تا ۳۴۳



دادخواست به دلالت ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی ناظر به بندهای ۵ و ۱۰ ماده ۴۸ قانون مرقوم از موارد صدور قرار رد دعوا محسوب می‌گردد. خصوصاً آنکه قانونگذار در ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمانها طریق اقدام را مشخص نموده است بنابراین وصول هزینه‌های مشترک از ناحیه مدیر یا هیأت مدیره ساختمان صرفاً از طریق درخواست صدور اجرائیه از اداره ثبت امکان پذیر است. **صدقی (مستشار دادگاه تجدیدنظر):**

با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۱۲ سال ۱۳۶۰ که برای تمامی مراجع قضایی لازم الاتباع می‌باشد و به استناد به ماده ۱۰ مکرر اصلاحی سال ۱۳۵۹ قانون تملک آپارتمانها که مقرر می‌دارد «... هر گاه مالک یا استفاده کننده ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه بدهی خود را نپردازد مدیر یا هیأت مدیران می‌توانند به تشخیص خود و با توجه به امکانات از دادن خدمات مشترک از قبیل شوفاژ- تهویه مطبوع- آب گرم- برق- گاز و غیره به او خودداری کنند و در صورتی که مالک و یا استفاده کننده همچنان اقدام به تصفیه حساب ننماید اداره ثبت محل وقوع آپارتمان به تقاضای مدیر یا هیأت مدیران برای وصول وجه مزبور بر طبق اظهارنامه ابلاغ شده اجرائیه صادر خواهد کرد. عملیات اجرایی وفق مقررات اجرای اسناد رسمی صورت خواهد گرفت و در هر حال مدیر یا هیأت مدیران موظف می‌باشند که به محض وصول وجوه مورد مطالبه یا ارائه دستور موقت دادگاه نسبت به برقراری مجدد خدمات مشترک فوراً اقدام نمایند»، تشریفات مرقوم در ماده اشعاری صرفاً در جهت سهولت و سرعت در وصول مطالبات آپارتمان می‌باشد و در واقع روش مرقوم به عنوان امتیازی برای وصول مطالبات توسط مدیر یا هیأت مدیران آپارتمانها در نظر گرفته شده است نه نافی حق طرح دعوی در دادگستری و از طرفی طی این تشریفات صرفاً در جهت وصول وجوه مورد مطالبه از طریق اجراء ثبت می‌باشد، در نتیجه مقررات مراجعه به دادگستری با تقدیم دادخواست و با رعایت شرایط خاص خود می‌باشد و مدیر یا هیأت مدیره آپارتمان مستقیماً می‌توانند با تقدیم دادخواست طلب آپارتمان را وصول نمایند.

بابایی (دادگستری رباط کریم):

قانونگذار در ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمانها و تبصره‌های آن برای مطالبه هزینه‌های مشترک

سوال ۳۳۴- با توجه به مفاد ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمانها آیا مدیر یا هیأت مدیره ساختمان می‌توانند در خصوص مطالبه هزینه‌های مشترک مستقیماً با تقدیم دادخواست اقدام نمایند؟ **علیرزاده (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران):** نظریه اکثریت حاضران؛

با توجه به ماده ۱۰ مکرر قانون مرقوم که قانونگذار مدیر یا هیأت مدیره ساختمان را صالح دانسته تا در امر وصول هزینه‌های مشترک ساختمان از فرد منتفع از خدمات مشترک ساختمان با ارسال اظهارنامه برای مشارالیه و متعاقباً با امتناع وی به موجب درخواست صدور اجرائیه از اداره ثبت محل وقوع آپارتمان وفق مقررات اقدام نمایند و با وحدت ملاک از موارد مشابه من باب مثال در امر وصول مهریه و نحوه وصول چک که در این رابطه خصوصیتی ملحوظ نمی‌باشد که تقدیم دادخواست را صرفاً مختص آن امور بدانیم و از جهتی با لحاظ این امر که به نظر ارسال اظهارنامه فی الواقع از مقدمات تقدیم دادخواست تلقی گردیده و از این که قانونگذار با تصویب ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمانها در مقام صرفاً اعطای یک امتیاز بوده و این امتیاز نمی‌بایستی نافی طریق عادی وصول دیون و مطالبات که همان تقدیم دادخواست می‌باشد باشد و با مذاقه در تبصره یک ماده ۱۰ مکرر و تبصره دو ماده ۱۳ قانون مرقوم که قانونگذار مدیر یا هیأت مدیره ساختمان را صالح و ذی سمت در امر شکایت و مراجعه به مراجع قضایی برشمرده و اینکه شکایت در مراجع قضایی جهت وصول هزینه مشترک ساختمان جز با تقدیم دادخواست میسر نمی‌باشد بنا به مراتب مدیر یا هیأت مدیره ساختمان را می‌توان صالح در تقدیم دادخواست الزام به پرداخت هزینه‌های مشترک علیه منتفع از خدمات مشترک ساختمان موضوع به محاکم حقوقی بر شمرد. **نظریه اقلیت حاضران:**

با توجه به اینکه مدیر یا هیأت مدیره ساختمان در امر مطالبه هزینه‌های مشترک از جانب ساکنین آپارتمان به موجب دادخواست به عنوان خواهان ذی نفع نمی‌باشند و اینکه از شرایط تقدیم دادخواست ذی سمت بودن خواهان بوده و ذی نفع بودن از شرایط احراز سمت تلقی می‌گردد بنابراین طرح دادخواست در این راستا از ناحیه مدیر یا هیأت مدیره ساختمان متعذر می‌باشد و علی فرض تقدیم

تشریفات خاصی را پیش بینی کرده است یعنی بدو باید به وسیله اظهار نامه اقدام شود سپس با قطع خدمات هزینه ها مطالبه می شود اگر موثر واقع نشد از طریق مراجعه به ثبت و صدور اجرائیه موضوع مطالبه هزینه های مشترک پیگیری می شود آنچه روشن است مقنن برای مطالبه هزینه های مشترک یک روش خاصی را پیش بینی کرده است بنظر می رسد رعایت این تشریفات از قبیل تقدیم اظهارنامه و قطع خدمات شرط صدور اجرائیه از طریق ثبت می باشد. بنابراین علی رغم اینکه مدیر و یا هیأت مدیره دارای یک سند رسمی و لازم الاجرا نمی باشند با این حال حق دارند با رعایت تشریفات موصوف از طریق مراجعه به ثبت و صدور اجرائیه هزینه های مشترک را مطالبه نمایند و این روش یک حق ویژه ای را برای مدیر و یا هیأت مدیره ایجاد کرده است و این حق بدل از حق مراجعه به دادگاه که مرجع عام تظلمات می باشد نیست بنابراین مدیر و یا هیأت مدیره حق دارند از حق و ویژه قانونی خود استفاده کنند و به وسیله اظهار نامه و قطع خدمات و در صورتی که این روشها مؤثر نشد با مراجعه به ثبت و صدور اجرائیه هزینه ها را مطالبه و وصول کنند و همچنین حق دارند از این روش و حق استفاده نکنند بلکه مستقیماً به دادگاه مراجعه و با دادخواست مطالبه کنند.

قاسمی (مجمع قضایی خانواده شماره ۲):

با عنایت به اینکه مدیر یا مدیران در فرض سؤال و نیز از منظر قانون نماینده قانونی مالکین برای وصول هزینه های اشتراکی بوده و برای این منظور علاوه بر طریق عمومی مراجعه به محاکم و یا به عبارتی مراجعه مستقیم به دادگاه که مبتنی بر اصل ۱۵۹ قانون اساسی مبنی بر ملجاء بودن دادگستری و وظیفه عام محاکم می باشد، طریق دیگری در ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمانها برای مدیران در نظر گرفته شده و بنا به مراتب مدیر یا هیأت مدیره مخیر و مجاز به انتخاب طریق برای وصول هزینه مشترک بوده، لذا

مدیران مجاز به مراجعه مستقیم به دادگاه و طرح دعوی می باشند.

شجاعتی (دادگستری شهریار):

وضع قوانین خاص در جهت تسهیل وصول مطالبات از جمله مورد مذکور در سؤال که به مدیر و یا هیأت مدیره اختیار داده از طریق مذکور در ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمانها جهت وصول مطالبات راجع به هزینه های مشترک اقدام نماید نافی امکان تقدیم دادخواست بطور مستقیم جهت وصول مطالبات مذکور نمی باشد و مدیر یا هیأت مدیره مختارند که از هر یک از دو طریق مذکور (مقررات ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمانها - تقدیم دادخواست) اقدام نمایند مفاد رأی وحدت رویه

شماره ۱۲ - ۱۶/۳/۱۳۶۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز می تواند موید این استنباط باشد. عسگری پور (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۹ تهران):

توجهاً به مفاد ماده ۱۰ مکرر قانون مذکور و سایر قواعد عام به نظر می رسد مدیر یا هیأت مدیره می توانند علاوه بر تنظیم اظهارنامه و مطالبه حق از طریق آن اقدام به مطالبه حق خود از طریق تقدیم دادخواست نیز بنمایند به عبارت دیگر این دو با یکدیگر مانع الجمع نیستند ضمناً یادآور می شود لفظ شکایت و جرمه ناظر به جرم موضوع این ماده نمی باشد زیرا اصولاً جرمه به نفع دولت ضبط می شود اما در اینجا جرمه مورد توجه قانونگذار به نفع مجموعه صادر می گردد لذا علاوه بر تنظیم اظهار نامه امکان مطالبه حقوق از طریق تقدیم دادخواست نیز امکان پذیر است.

فیروزی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۶ تهران):

واضح است مراجعه به اداره ثبت از سوی مدیر یا هیأت مدیره آپارتمان نافی صلاحیت دادگاهها برای رسیدگی و مراجعه خواهان به دادگاه نیست، اما چنانچه مدیر یا هیأت مدیره مذکور در ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمانها بجای مراجعه به اداره ثبت و صدور اجرائیه (البته پس از قطع خدمات مشترک و عدم نتیجه گیری) مراجعه به دادگاه را اختیار نماید بنظر می رسد رعایت کلیه قیود ماده مرقوم از قبیل قطع خدمات مشترک سپس ارسال اظهارنامه باید رعایت شود و به لسان دیگر دادگاه در صورتی دادخواست مدیر یا هیأت مدیره را جهت مطالبه هزینه

خدمات مشترک و حتی محکومیت شخص مستنکف به پرداخت جرمه در حق مالکین می پذیرد که اولاً هیأت مدیره اقدام به قطع خدمات مشترک نموده باشد و شخص استفاده کننده نیز از پرداخت استنکاف نموده باشد و

مدیر یا هیأت مدیره ساختمان را می توان صالح در تقدیم دادخواست الزام به پرداخت هزینه های مشترک علیه منتفع از خدمات مشترک ساختمان به محاکم حقوقی بر شمرد

مضافاً پس از این مرحله اظهارنامه مذکور در ماده ۱۰ جهت مطالبه هزینه خدمات مشترک ارسال شده باشد، با مضي مدت مقرر و باز هم شخص استفاده کننده از پرداخت هزینه ها استنکاف کرده باشد.

محسن بنفشه (مجمع قضایی عدالت):

نظر به اینکه مطالبه هزینه های مشترک در قانون تملک آپارتمانها و آئین نامه اجرایی آن تابع شرایط خاصی می باشد که بدون رعایت این تشریفات درخواست مطالبه بطور کلی رد خواهد شد و در صورتی که مبلغ هزینه های مشترک از مالک یا متصرف از طریق ارسال و ابلاغ اظهارنامه به ایشان مطالبه نشود هزینه های مذکور به حساب بدهی مالک یا متصرف قطعیت نیافته است چون مالک یا

متصرف این حق را دارد که از تاریخ ابلاغ اظهارنامه ظرف ده روز اعتراض خود را به مبلغ هزینه و موارد مرتبط با آن در دادگاه مطرح نماید و قبل از انقضای مهلت مذکور دین مالک یا متصرف قطعی نشده و معلق است و از طرفی قانونگذار طریق مطالبه هزینه های مشترک را در ماده ۱۰ قانون مذکور و تبصره های ذیل آن مشخص نموده و با انجام این تشریفات و مراجعه به اجرای ثبت مبلغ هزینه ها از طریق تعقیب عملیات اجرایی موجبی برای مراجعه مدیر یا هیأت مدیره موجود نیست بلکه این مطلب موضوعاً منتفی می شود و با این توضیح می توان مرجع ذیصلاح در جهت وصول هزینه های مشترک را اجرای ثبت تلقی نمود که هیچگونه منافاتی با قانون اساسی (اصل ۱۵۹ قانون اساسی) و ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی ندارد که موارد متعددی در قانون مختلفی وجود دارد که مؤید این استدلال است مثل مطالبه اجور معوقه در مواردی که اجاره نامه عادی باشد یا اجاره نامه ای در بین نباشد در محلهای تجارتي ارسال اظهارنامه برای امین متصرف برای احراز تصرف عدوانی وی در قانون آیین دادرسی مدنی - الزام طرفین اختلاف به داور در زمانی که نامبردگان در ضمن قراردادی ملزم به مراجعه داور می شوند که در این موارد و مانند آن دادگاه در صورت مراجعه یکی از طرفین قرار داد به دادگاه دعوی ایشان را نمی پذیرد که هیچگونه تعارضی در این موارد بین قانون اساسی و عادی وجود ندارد.

دیگر اینکه در قوانین متعددی مراجع حل اختلاف را غیر از دادگاه (مراجع قضایی) معرفی و تعیین کرده است مثل کمیسیون های ماده ۱۰۰-۷۷ قانون شهرداری - کمیسیون حل اختلاف موضوع ماده ۱۴۷ و ۱۴۸ قانون ثبت - کمیسیون مالیاتی - کمیسیون ماده واحده موضوع قانون تعیین تکلیف اراضی ملی و غیره آن - که در این موارد مدعی حق بایستی به مراجع اختصاصی معینه در قانون مراجعه نماید در نهایت اینکه برای حل مشکلات موجود در دادگاهها بعلت تراکم پرونده ها باید قوانین اساسی و عادی را به کیفیتی تفسیر کرد که به تکالیف و مسئولیت دادگاهها اضافه نشود از این طریق مشکلات موجود تشدید نگردد.

محمدی (حوزه قضایی بخش گلستان):

قانونگذار در ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمانها، مدیر یا هیأت مدیره را بعنوان نماینده قانون شناخته است لذا برابر مفاد ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب مدیر یا هیأت مدیره نماینده قانونی محسوب شده و حق اقامه دعوی و تقدیم دادخواست را دارد.

ذاقلی (مجمع قضایی شهید محلاتی):

طبق ماده ۸ قانون تملک آپارتمانها حدود وظایف و اختیارات مدیران آپارتمان طبق آیین نامه مربوطه خواهد بود لذا در فصل دوم آیین نامه به وظایف و اختیارات مدیران اشاره شده است اما ذکری از اختیار طرح دعوی نشده لیکن طبق تبصره ۱ ماده ۱۰ مکرر

و حکم ماده ۹۲ قانون ثبت اسناد و املاک مبنی بر اینکه مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول بدون احتیاج حکمی از محاکم دادگستری لازم الاجراء است، منافات و مغایرتی با حق و اختیار اقامه دعوی در دادگاههای دادگستری ندارد و لازم الاجراء بودن اسناد مزبور مزیتی است که قانون برای چنین اسنادی در نظر گرفته است تا صاحبان حق بتوانند از هر طریقی که مصلحت و مقتضی می‌دانند، برای احقاق حق خود اقدام نمایند.

در مواردی که اشخاص نمی‌توانند بطریق معمول، حقوق خود را اعمال و احقاق نمایند و متعهد و مکلف، از ایفاء تعهد و ادای حقوق ذیحقی استنکاف

می‌ورزد، اصولی‌ترین و برجسته‌ترین مرجع رسیدگی، محاکم دادگستری و مراجع قضایی ذیصلاح است (اصل ۱۵۹ قانون اساسی) و مادام که پس از رسیدگی قضایی و قانونی از مراجع مزبور، حکم خاصی صادر نشود، حق مورد نظر از طرق دیگر قابل اعمال و اجراء نخواهد بود. لیکن

بطور استثنائی و به جهت اوصاف و امتیازات خاصی که برخی از حقوق، اسناد و اوراق قانونی دارند و در اغلب موارد، ذینفع آن حقوق و اسناد، فی الواقع ذیحق آن می‌باشد، مقنن طریق و مرجع دیگری بغیر از دادگاههای دادگستری را بعنوان امتیازی فوق العاده در دسترس ذینفعان قرار داده تا به دور از تشریفات رسیدگی قضایی، صرفاً با صدور اجرائیه از مرجع ذیصلاح، حقوق خود را به مرحله اجراء گذارده و موفق به استیفاء آن گردند. بنابراین وقتی مقنن امتیاز لازم الاجراء بودن را به برخی از اسناد و اوراق قانونی و رسمی اعطاء می‌کند و متولی آن (از جمله مدیران ساختمان و مجموعه‌های آپارتمانی) را مختار در درخواست صدور اجرائیه براساس آن اسناد می‌سازد، بی تردید راه حل ابتدایی و اولیه و حق مراجعه به محاکم دادگستری را برای مرجع مزبور مفروض و مفروغ عنه می‌داند. به عبارت دیگر با قیاس اولویت نیز می‌توان به همین نتیجه رسید. یعنی وقتی مدیر ساختمان اختیار دارد تا نسبت به ارسال اظهار نامه و سپس درخواست اجرائیه از اداره ثبت محل وقوع آپارتمان اقدام کند بطریق اولی باید حق اقامه دعوی و تقدیم دادخواست به خواسته مطالبه هزینه‌های مشترک را نیز داشته باشد.

ثالثاً: اگر چه تبصره ۱ الحاقی به ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمانها مصوب ۱۳۷۶/۳/۱۱ اعلام داشته که چنانچه عدم ارائه خدمات مشترک، ممکن یا مؤثر نباشد، مدیر یا مدیران مجموعه می‌توانند به مراجع قضایی شکایت کنند، ولی باید توجه داشت که عدم

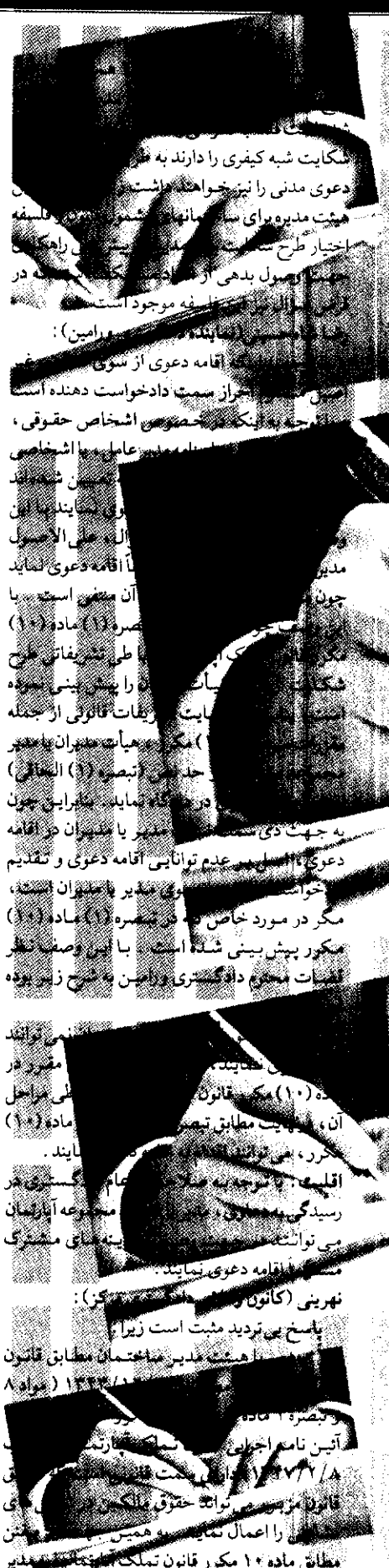
با هیأت مدیره ساختمان اختیار داده تا به منظور وصول هزینه‌های مشترک، با ارسال اظهارنامه برای مالک یا استفاده کننده که از تأدیه هزینه‌های مشترک به تناسب حصه اختصاصی امتناع می‌ورزد، آن را رسماً مطالبه و به حیطه وصول در آورد. ماده ۱۰ مکرر قانون یاد شده به اظهارنامه ارسالی وصف و امتیاز لازم الاجراء بخشیده و سازمان ثبت محل را حسب تقاضای مدیر یا هیئت مدیران، مکلف به صدور اجرائیه بر اساس اظهارنامه مزبور و اجرای آن طبق مقررات اجرای اسناد رسمی نموده است.

لازم الاجرا بودن اسناد، امتیازی است که مقنن صرفاً به برخی از اسناد اعطاء نموده و ذینفع را مختار می‌سازد تا بدون طی طریق دادخواهی از مجرای

محاکم دادگستری، مستقیماً سند مزبور را به مرحله اجراء گذارده و با صدور اجرائیه از طریق سازمان ثبت اسناد و املاک و یا سایر مراجع قانونی (مانند دفاتر اسناد رسمی، دفاتر ازدواج، اداره دارایی و سازمان تأمین اجتماعی)، مفاد سند را اجراء و مبالغ مورد نظر را وصول نماید.

همانطور که گفته شد، لازم الاجراء شناختن اسناد، امتیازی قانونی است که به ذینفع آن اختیار می‌دهد تا در کنار حق اقامه دعوی، از مجرای دیگری نیز استفاده کند. بنابراین در نظر گرفتن چنین امتیازی، هیچگاه موجب زوال یا انتفاء حق اقامه دعوی نخواهد شد.

ثانیاً: ماده ۹۲ قانون ثبت اسناد و املاک در باب اجراء مفاد اسناد رسمی، مقرر می‌دارد: «مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه لازم الاجراء است... مستند قانونی و اصلی مربوط به لازم الاجرا بودن اسناد رسمی، ماده ۹۲ قانون ثبت اسناد و به تبعیت از آن مقنن در برخی از قوانین خاص و نسبت به برخی از اسناد، امتیاز و وصف لازم الاجراء پیش بینی نموده است. از جمله می‌توان به ماده ۱۸ قانون بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۴۵/۲/۲۷، ماده ۲ قانون صدور چک مصوب سال ۱۳۵۵ و ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمانها مصوب سال ۱۳۴۳ اشاره نمود. بعلاوه رأی وحدت رویه شماره ۱۲ مورخ ۱۳۶۰/۳/۱۶ راجع به تفسیر ماده ۹۲ قانون ثبت و همچنین اصالت دادگاههای دادگستری بعنوان مرجع تظلمات عمومی اشعار می‌دارد: «نظر به اینکه مرجع تظلمات عمومی دادگستری است فلذا به جز آنچه که در قانون مستثنی شده، انواع دعاوی از جمله دعاوی مربوط به اسناد رسمی و قبوض اقساطی لازم الاجراء در دادگاههای دادگستری قابل استماع و رسیدگی است



شکایت شبه کیفری را دارند به غیر از مرجع قضایی مدنی را نیز خواهند داشت. هیئت مدیره برای سایر امثالها مشمول این فلسفه است. اختیار طرح شکایت در دادگاههای دادگستری در صورت وصول بدهی از اسناد رسمی که در این اسناد، این فلسفه موجود است (رایس: «رایس»):

«... اقامه دعوی از سوی مرجع اجرائیه سمت دادخواست دهنده اسناد...»

«... وجه به اینکه خصوصاً اشخاص حقوقی، در صورتی که اسناد رسمی را در اختیار داشته باشند، می‌توانند مستقیماً از طریق مراجع ذیصلاح اقدام به اجراء اسناد رسمی نمایند...»

«... آن مضمون است که با صدور (۱۳) ماده (۱۰) مکرر، اسناد رسمی با طی تشریفات طرح شکایت در دادگاههای دادگستری، از جمله اسناد ثبت اسناد و املاک، اسناد ازدواج، اسناد تأمین اجتماعی، اسناد اداره دارایی و اسناد سایر مراجع ذیصلاح، مستقیماً از طریق مراجع ذیصلاح و بدون طی تشریفات طرح شکایت در دادگاههای دادگستری، قابل اجراء است...»

«... مگر هیأت مدیران یا مدیران مجموعه آپارتمانی، در صورتی که اسناد رسمی را در اختیار داشته باشند، می‌توانند مستقیماً از طریق مراجع ذیصلاح اقدام به اجراء اسناد رسمی نمایند...»

«... به جهت ذی صلاحیت مدیران یا مدیران مجموعه آپارتمانی، در صورتی که اسناد رسمی را در اختیار داشته باشند، می‌توانند مستقیماً از طریق مراجع ذیصلاح اقدام به اجراء اسناد رسمی نمایند...»

«... مگر در مورد خاص به تبصره (۱) ماده (۱۰) مکرر پیش بینی شده است. با این وصف نظر قضایای محترم دادگستری و رایس به شرح زیر بوده است...»

«... (کانون وکلای دادگستری تهران): پاسخ بی تردید مثبت است زیرا که هیئت مدیره ساختمان مطابق قانون تملک آپارتمانها مصوب ۱۳۴۳/۳/۱۶ و تبصره ۱ ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمانها مصوب ۱۳۷۶/۳/۱۱، می‌تواند مستقیماً از طریق مراجع ذیصلاح اقدام به اجراء اسناد رسمی نماید...»

«... آئین نامه اجرائیه اسناد رسمی وزارت عدلیه مصوب ۱۳۷۲/۸/۱۱، در ماده ۱۰ مکرر، تصریح کرده است که اسناد رسمی که در دادگاههای دادگستری طرح شکایت در آنها شده است، مستقیماً از طریق مراجع ذیصلاح قابل اجراء است...»

«... مطابق ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمانها مصوب ۱۳۴۳/۳/۱۶، هیأت مدیره ساختمان می‌تواند مستقیماً از طریق مراجع ذیصلاح اقدام به اجراء اسناد رسمی نماید...»

ارائه خدمات مشترک ناظر بر خدماتی است که در داخل ساختمان به هر یک از آپارتمانها ارائه می شود مانند خدمات مربوط به سربدار، تأسیسات حرارتی و برودتی مشترک، آب و برق مشترک، که در این موارد امکان قطع این خدمات بعضاً وجود ندارد. زیرا اگر مدیر ساختمان بخواهد آسانسور را قفل نماید، سایر مالکین نیز از آن محروم خواهند شد. به همین لحاظ محرومیت از دریافت خدمات دولتی، راه حل جایگزین خواهد بود که صرفاً با دستور مرجع قضایی انجام می پذیرد. مانند آنکه مدیر ساختمان از طریق مرجع قضایی درخواست می کند تا واحد بدهکار از خدمات دولتی مانند استفاده از برق اختصاصی یا تلفن اختصاصی محروم گردد. در این صورت قطع برق اختصاصی، طریقی خواهد بود تا بواسطه در مضیقه قرار گرفتن واحد بدهکار، پرداخت هزینه های مشترک ممکن گردد.

بنابراین با توجه به مراتب فوق بنظر اینجانب مدیر یا هیأت مدیره ساختمان می توانست در خصوص مطالبه هزینه های مشترک، مستقیماً با تقدیم دادخواست ولو قبل از ارسال اظهارنامه موضوع ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمانها مصوب سال ۱۳۴۳ در دادگاههای دادگستری اقامه دعوی نمایند. پس از بحث و تبادل نظر اعضای محترم کمیسیون حاضر در جلسه (۸۲/۴/۲) رأی اکثریت و اقلیت بشرح ذیل اعلام گردید:

نظر اکثریت: مدیر یا هیأت مدیره ساختمان جهت وصول مطالبات مشترک می تواند حتی بدون ارسال اظهارنامه، مستقیماً با تقدیم دادخواست اقدام نمایند زیرا ماده ۱۰ مکرر قانون آپارتمانها یک امتیاز قانونی است و این امتیاز قانونی نافی طریق عادی وصول مطالبات مشترک که همان تقدیم دادخواست می باشد نخواهد بود.

نظر اقلیت: قانونگذار در ماده ۱۰ قانون مذکور و تبصره های ذیل آن طریق مطالبه هزینه های مشترک را مشخص نموده لذا مدیر یا هیأت مدیره صرفاً می تواند با رعایت تشریفات ماده مذکور و مراجعه به اجرای ثبت اقدام نمایند.

سوال ۳۳۵- آیا مراد از تبصره ۳ ماده ۶ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت این است که کارآموزان وکالت از ابتدا حقی برای قبول دعوی که مرجع تجدیدنظر آنها دیوانعالی کشور است ندارند یا اینکه ممنوعیت ناظر به عدم مداخله عملی در دیوان است، با وکیل سرپرست چطور؟

صدقی (مستشار دادگاه تجدیدنظر):

با توجه به صراحت قسمت آخر تبصره ۳ ماده ۶ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری مصوب ۱۷ فروردین ۱۳۷۶ که مقرر داشته «... کارآموزان

وکالت قبل از اخذ پروانه وکالت، حق وکالت در دعوی که مرجع تجدیدنظر از احکام آنها دیوان عالی کشور می باشد را ندارند.» منظور ممنوعیت قبول وکالت کارآموزان مزبور از ابتدا در دعوی که مراجع تجدیدنظر آن دیوانعالی کشور می باشد، هست و ممنوعیت وکالت در دعوی مذکور به طریق اولی عدم مداخله را هم در پی دارد، مع الوصف بر فرض همراهی وکیل سرپرست نیز کارآموزان مذکور ممنوع از وکالت در اینگونه دعوی می باشند.

عسگری پور (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۹ تهران):

مطابق قانون مدنی و سایر قوانین موضوعه اشخاص دارای حق تمتع و استیفاء می باشند توجها به تبصره ۳ ماده ۶ قانون مذکور چون قانونگذار از عبارت «حق وکالت» را ندارند استفاده نموده لذا کارآموزان اصولاً حق قبول

دعوی را که مرجع تجدیدنظر آنها دیوانعالی کشور می باشد را دارانمی باشند ضمناً یادآور می شود در دعوی نیز که قابلیت تجدیدنظر در دیوانعالی کشور را دارد و به طور فوق الذکر در شعب تشخیص مطرح می گردد نیز کارآموز حق دخالت را نخواهند داشت. علیزاده (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران): با توجه به صراحت قسمت اخیر تبصره ۳ ماده ۶ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت که مقرر گردیده: «... کارآموزان وکالت قبل از اخذ پروانه وکالت حق وکالت در دعوی که مرجع تجدیدنظر از احکام آنها دیوانعالی کشور می باشد را ندارند.» کارآموزان وکالت از ابتدا حقی برای قبول دعوی که مرجع تجدیدنظر آنها دیوانعالی کشور است را ندارند و این ممنوعیت همه جوانب را شامل گردیده و توأم با وکیل سرپرست نیز چنین منعی را مرتفع نمی نماید.

ذاقلی (مجمع قضایی شهید محلاتی):

فلسفه تصویب تبصره ماده مذکور این است که افرادی که فاقد تجربه و تبحر کافی در امر وکالت هستند از مداخله در پرونده های مهمی که مرجع تجدیدنظر آنها دیوان عالی کشور است منع شوند زیرا جواز مداخله این افراد با نفس عمل وکالت در دادگاهها به عنوان معین محاکم جهت روشن شدن زوایای تاریک پرونده و احقاق حق در تعارض است بنابراین از مواد مذکور چنین استنباط می شود که به لحاظ اهمیت این نوع پرونده ها مداخله وکیل از بدو تا ختم احتیاج به تبحر و دانش کافی دارد فلذا از آنجائی که طبق صلاحدید قانونگذار کارآموزان وکالت حتی با مداخله وکیل سرپرست فاقد این تبحر هستند از ابتدا مجاز به مداخله نمی باشند.

شاه حسینی (دادگستری ورامین):

همکاران محترم دادگستری ورامین، در خصوص

مورد سؤال، در این مورد اتفاق نظر داشته اند که: اساساً در خصوص دعوی که مرجع تجدیدنظر آن دیوانعالی کشور است کارآموز وکالت حق تنظیم قرارداد وکالت و پذیرش و قبول وکالت در آن دعوی را ندارد و بنابراین در مرحله بدوی نیز نمی تواند به عنوان وکیل وارد دعوی شود و نیز در این مورد نظارت وکیل سرپرست تأثیری ندارد لیکن با توجه به اینکه مطابق قانون آ. د. م. مصوب ۱۳۷۹، اساساً دیوانعالی کشور در امور حقوقی مرجع تجدیدنظر نمی باشد، بلکه مرجع تجدیدنظر کلیه دعوی قابل تجدیدنظر، دادگاه تجدیدنظر استان است و دیوان، مرجع فرجام خواهی است، همکاران محترم دادگستری ورامین در خصوص کیفیت اجرا و اعمال تبصره (۳) ماده (۶) قانون کیفیت اخذ پروانه مصوب ۱۳۷۶، در حال حاضر و پس از تصویب قانون آ. د. م. ۱۳۷۹ اختلاف نظر داشته اند که به شرح زیر می آید:

اکثریت: با توجه به اینکه در حال حاضر دیوان عالی کشور مرجع تجدیدنظر نیست و بلکه فرجام خواهی است (در امور حقوقی و مدنی) و با توجه به اینکه مطابق تبصره (۳) ماده (۶) قانون فوق کارآموز وکالت صرفاً از پذیرش دعوی که مرجع تجدیدنظر آن دیوان است، منع شده است بنابراین چون اساساً مرجع تجدیدنظر در حال حاضر دادگاه تجدیدنظر است، مطابق منطوق قانون، منعی برای مداخله کارآموز در پرونده های حقوقی نیست و لیکن در خصوص پرونده های کیفری مطابق قانون چنانچه مرجع تجدیدنظر موضوع رأی دادگاه، دیوان باشد، اساساً کارآموز نمی تواند قبول وکالت نماید و حتی در مرحله بدوی نیز نمی تواند وارد شود.

اقلیت: تبصره (۳) ماده (۶) قانون مذکور در سال ۱۳۷۶ تصویب شده است و با این وصف در دعوی که مطابق ماده (۲۱) قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، مرجع تجدیدنظر آن دیوان بوده است، کارآموز حق مداخله نداشته است، و این موضوع به جهت اهمیت نوع دعوی اعم از کیفری و حقوقی بوده است، بنابراین مبنا و فلسفه حکم و تبصره (۳) ماده (۶) در حال حاضر نیز باید مورد توجه قرار گیرد و لذا کارآموز وکالت در امور کیفری و حقوقی در مورد دعوی که در ماده (۲۱) قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب ذکر شده است، حق پذیرش وکالت ندارد چون ملاک و مبنای حکم منع کارآموز از قبول وکالت، نوع دعوی با اهمیت بوده است نه صرف اینکه دیوان مرجع تجدیدنظر باشد.

بنابراین مطابق مفهوم و مفاد حکم تبصره (۳) ماده (۶) قانون کیفیت اخذ پروانه مصوب ۱۳۷۶، که تا کنون نسخ نشده است، کارآموز وکالت از دخالت در برخی دعوی، از ابتدا و حتی در مرحله بدوی نهی شده است و لیست اینگونه دعوی مطابق ماده (۲۱) قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب تعیین شده است. هر چند در حال حاضر دیوان کشور مرجع تجدیدنظر نمی باشد، لیکن به موجب



فیروزی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۶ تهران):

با توجه به صراحت تبصره ۳ ماده ۶ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت کارآموز وکالت از همان ابتدا به دلیل تجربه حق کم مداخله در دعاوی کیفری که مرجع تجدیدنظر آن دعاوی دیوان عالی کشور است را ندارد. دعاوی مورد نظر در قانون آیین دادرسی کیفری تصریح شده است.

با توجه به اینکه تمام اعمال وکیل کارآموز با نظارت وکیل سرپرست بعمل می آید و تنفیذ می یابد، سلب حق فوق با در نظر گرفتن سرپرستی وکیل سرپرست است مگر اینکه وکیل سرپرست متفقا یا منفرداً با کارآموز وکالت، وکالت دعوی را بپذیرد که در صورت مختلف حکم خاص خود که در حوصله بحث دعوی حقوقی است.

نهرنی (کانون وکلای دادگستری مرکز):

اولاً: تردیدی نیست که ممنوعیت قانونی مندرج در تبصره ۳ ماده ۶ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت، اصولاً ناظر بر اهمیت موضوع خواسته در دعاوی حقوقی و موضوع شکایت در پرونده های کیفری است و فی الواقع تصریح به مرجع رسیدگی نیز تابعی از اهمیت موضوع دعوی و شکایت است.

ثانیاً: ممنوعیت کارآموزان وکالت در دعاوی که مرجع تجدیدنظر از احکام آنها دیوان عالی کشور است، در زمان حاکمیت و اجرای مادتين ۲۱ و ۲۲ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ بوده که اصولاً در دعاوی مالی، کارآموزان می توانستند در دعاوی اعلام و کالت کنند

که خواسته ۲۰ میلیون ریال و یا کمتر از آن باشد یا به کمتر از ۲۰ میلیون ریال تقویم شده باشد. اما در خصوص دعاوی که خواسته آن بیش از ۲۰ میلیون ریال بوده و مآلاً تجدیدنظر خواهی از آن در صلاحیت دیوانعالی کشور قرار داشته، امکان دخالت کارآموزان وکالت

منتفی شده بود. با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ صلاحیت دادگاههای تجدیدنظر استان در امور مدنی عمومیت پیدا کرد و دیوانعالی کشور نیز در رسیدگی به امور مدنی، به همان جایگاه سابق خود یعنی مرجع فرجامی برگشت. لیکن در تصویب قانون آیین دادرسی کیفری جدید مصوب سال ۱۳۷۸، دیوانعالی کشور همان موقعیت خود را از حیث مرجع تجدیدنظر حفظ نمود و فی الواقع در رسیدگی تجدیدنظر از آراء کیفری، دو مرجع تعیین گردید که مطابق ماده ۲۳۳ آ. د. ک جدید اصولاً مرجع تجدیدنظر از آراء دادگاههای عمومی

و انقلاب هر حوزه قضایی، در صلاحیت دادگاه تجدیدنظر همان استان تعیین شد و صرفاً رسیدگی تجدیدنظر از آراء صادره در باب برخی از جرائم مهم به دیوان عالی کشور محول شد (مانند جرائم مستوجب اعدام و رجم و قطع عضو، قصاص نفس یا اطراف و حبس بیش از ده سال و مصادره اموال).

بنابراین در خصوص امور جزایی تردیدی وجود ندارد که کارآموزان وکالت مطابق نص ماده ۲۳۳ آ. د. ک جدید کماکان در پرونده های جزایی که متضمن رسیدگی به یکی از جرائم معنون در ذیل ماده ۲۳۳ آ. د. ک جدید می باشد، حق دخالت و اعلام وکالت حتی در مرحله بدوی یعنی در دادسراها و دادگاههای عمومی و انقلاب را نخواهد داشت. اما در خصوص دخالت کارآموزان وکالت در امور مدنی، موضوع با لحاظ تصویب ماده ۳۳۰ و ۳۳۱ آ. د. ک جدید و مآلاً نسخ ماده ۲۱ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب سال ۱۳۷۳ نسبت به امر مدنی، محل تردید و شبهه قرار گرفته است.

در این خصوص سه نظریه مشورتی به شماره های ۷/۴۶۵۱ مورخ ۷۹/۷/۲۷، ۷/۷۳۹۶ مورخ ۸۱/۸/۱۱ و ۷/۶۴۱۸ مورخ ۸۲/۸/۵ از اداره حقوقی قوه قضائیه صادر شده که مطابق این نظریات با توجه به نسخ ماده ۲۱ ق. ت. د. و. ع. و ۱۰۰ سال ۱۳۷۳ و اینکه کلیه احکام در مورد دعاوی مالی که بیش از سه میلیون ریال باشد قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان بوده و در صورت تجدیدنظر خواهی قابل فرجام هم نمی باشد، و اینکه مقنن در تصویب قسمت اخیر تبصره ۳ ماده ۶ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت مصوب سال ۱۳۷۶ نسبت به اهمیت و جایگاه والای دیوانعالی کشور و به تبع آن اهمیت اموری که در آن مرجع عالی رسیدگی می شود توجه خاص داشته، در نتیجه بلحاظ توسعه صلاحیت دادگاه تجدیدنظر در امور مدنی، اعلام وکالت کارآموزان وکالت را در امور مدنی که تجدیدنظر از آنها داخل در

صلاحیت دادگاه تجدیدنظر استان می باشد بلامانع دانسته است.

ثالثاً: اگر چه با تصویب آیین دادرسی مدنی جدید مصوب ۷۹/۱/۲۱ با رعایت قسمت اخیر تبصره ۳ ماده ۶ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت مصوب سال ۱۳۷۶، ظاهراً دخالت کارآموزان وکالت نسبت به پرونده های مدنی که تجدیدنظر از آنها در صلاحیت دادگاه تجدیدنظر استان است، منعی ندارد، لیکن از این ظاهر باید به سه دلیل اصولی دست کشید زیرا:

۱- آنچه که اصالت دارد، اهمیت موضوع دعوی و شکایات است که بلحاظ خطیر بودن این موضوعات است که مرجع رسیدگی عالی و تالی تعیین می گردد.

۲- این موضوع خصوصاً در امور با همراهِ وکیل سرپرست نیز می باشد.

کارآموزان وکالت تحت هیچ شرایطی حق مداخله در دعاوی که مرجع تجدیدنظر یا فرجام آن دیوانعالی کشور است را نداشته و در صورت مداخله وکالت مردود اعلام خواهد گردید

منع شده است. بابایی (دادگستری ریاط گرمی):

با توجه به نص آیین دادرسی ماده ۶ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت کارآموزان وکالت نمی توانند در دعاوی که مرجع تجدیدنظر آنها دیوان عالی کشور است دخالت کنند و مداخله در دعاوی کیفری از دعاوی قابل تجدیدنظر در حال حاضر کشور دانسته و روشن است که در امور تجدیدنظر خواهی از احکام دیوان عالی کشور، مداخله در دعاوی کیفری ممنوع است.

در این خصوص سه نظریه مشورتی به شماره های ۷/۴۶۵۱ مورخ ۷۹/۷/۲۷، ۷/۷۳۹۶ مورخ ۸۱/۸/۱۱ و ۷/۶۴۱۸ مورخ ۸۲/۸/۵ از اداره حقوقی قوه قضائیه صادر شده که مطابق این نظریات با توجه به نسخ ماده ۲۱ ق. ت. د. و. ع. و ۱۰۰ سال ۱۳۷۳ و اینکه کلیه احکام در مورد دعاوی مالی که بیش از سه میلیون ریال باشد قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان بوده و در صورت تجدیدنظر خواهی قابل فرجام هم نمی باشد، و اینکه مقنن در تصویب قسمت اخیر تبصره ۳ ماده ۶ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت مصوب سال ۱۳۷۶ نسبت به اهمیت و جایگاه والای دیوانعالی کشور و به تبع آن اهمیت اموری که در آن مرجع عالی رسیدگی می شود توجه خاص داشته، در نتیجه بلحاظ توسعه صلاحیت دادگاه تجدیدنظر در امور مدنی، اعلام وکالت کارآموزان وکالت را در امور مدنی که تجدیدنظر از آنها داخل در صلاحیت دادگاه تجدیدنظر استان می باشد بلامانع دانسته است.

قاسم (تجمع قضایی خراسان): با عنایت به زمان تعیین صلاحیت دیوانعالی کشور به ماده ۱۰۱ قانون آیین دادرسی کیفری و نیز اصلاحات تصویب شده در مورد موارد تجدیدنظر و غیره، پیشنهاد می شود که به فلسفه قانون که مبتنی بر عدم دخالت کارآموز وکالت در امور مهم است، مداخله در دعاوی کیفری که مرجع تجدیدنظر آنها دیوان عالی کشور است، ممنوع باشد. لذا کارآموزان وکالت در دعاوی کیفری که مرجع تجدیدنظر آنها دیوان عالی کشور است، مداخله در دعاوی کیفری که مرجع تجدیدنظر آنها دیوان عالی کشور است، ممنوع باشد.

فی الواقع و نفس الامر صلاحیت مراجع عالی تابعی از اهمیت و خطیر بودن موضوع دعاوی حقوقی و شکایات کیفری است. ۲- هدف مقنن از ممنوعیت و محدودیت مقرر در قسمت اخیر تبصره ۳ ماده ۶ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت آن بوده که کارآموزان وکالت بلحاظ کم تجربگی در پرونده‌هایی که از حیث مالی ارزش گزاف و ویژه‌ای دارند، حتی در مرحله بدوی (رسیدگی دادگاههای عمومی و انقلاب) اعلام وکالت نکنند چون ممکن است به واسطه دانش و تجربه کم و ناکافی خود، موجبات تضرر موکل خویش را فراهم آورند. ۳- در زمان تصویب تبصره ۳ ماده ۶ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت سال ۱۳۷۶ مقنن با لحاظ تقسیم دعاوی و اهمیت آنها به موجب ماده ۲۱ ق. ت. د. ع. و. ا. سال ۱۳۷۳ این محدودیت را برقرار نمود و بر همین اساس دعاوی مهم که مرجع تجدیدنظر از آنها را برعهده دیوان عالی کشور گذاشته بود، از حوزه امکان دخالت و وکالت کارآموزان وکالت خارج ساخت. بنابراین ملاک عمل قسمت اخیر تبصره ۳ ماده ۶ همان تقسیمی است که در ماده ۲۱ ق. ت. د. ع. و. ا. سال ۱۳۷۳ بعمل آمده بود و همان ملاک هم اکنون نیز باید به مرحله اجراء درآید ولو اینکه صلاحیت دادگاه تجدیدنظر استان در امور مالی به موجب آیین دادرسی مدنی جدید در سال ۱۳۷۹ توسعه پیدا کرده و همه دعاوی مالی و غیر مالی را در بر گرفته باشد؛ بنابراین باید بر این باور بود که ممنوعیت کارآموز وکالت در امور مذکور ناظر بر عدم مداخله عملی در دیوان عالی کشور نیست بلکه در دعاوی که بیش از ۲۰ میلیون ریال باشد، از ابتدا حقی برای قبول وکالت در دعاوی مزبور را نخواهد داشت.

رایعاً: در خصوص سوال آخر که قید شده (با وکیل سرپرست چطور؟) چند فرض متصور است: هر گاه کارآموز وکالت ممنوع در دعاوی خاصی باشد، خواه مستقلاً این دعاوی را بپذیرد و خواه مشترکاً با وکیل سرپرست خود یا با وکلای پایه یک دیگر، در هر یک از صور

فوق، حق مداخله نخواهد داشت. زیرا در مواردی که کارآموز وکالت وکالتی را مجتعماً یا متفقاً با مشترکاً با وکیل سرپرست خود برعهده می‌گیرد، اضافه شدن وکیل سرپرست وی، چیزی را عوض نمی‌کند و بر تجربه و مهارت کارآموز وکالت نمی‌افزاید. معذک در این خصوص از آنجا که در وکالت مشترک، حضور هر دو وکیل و دفاع توأم آنها یا تقدیم لوائح مشترک الزامی است بنابراین خطری موکل را تهدید نمی‌کند و به نظر می‌رسد با مسامحه می‌توان کار آموزی را که همراه با وکیل پایه یک دیگری (اعم از وکیل سرپرست خود یا وکیل دیگر) اعلام وکالت مشترک می‌کند، پذیرفت.

اما چنانچه کارآموز وکالت همراه با وکیل پایه یک، مشترکاً وکالتنامه را تنظیم و تقدیم نمایند و در خصوص محدوده اختیار و دخالت آن دو عبارت (منفرداً و مشترکاً) در وکالتنامه قید شود، بنظر می‌رسد با لحاظ حق اقدام کارآموز به نحو انفرادی، ممنوعیت مزبور همچنان حاکم خواهد بود.

نظریه قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۴/۴/۲):

با توجه به مفاد ماده ۲۳۳ ق. آ. د. ک. جدید تردیدی نیست که کارآموزان وکالت از همان ابتدا قبول وکالت و حق دخالت نسبت به جرائمی که مرجع تجدیدنظر آنها دیوانعالی کشور است را ندارند.

اما در امور حقوقی با توجه به قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹ که به موجب آن آراء دادگاههای مذکور در مواردی که طبق قانون قابل درخواست تجدیدنظر باشد در دادگاههای تجدیدنظر مرکز همان استان بعمل می‌آید و نیز برابر قانون مذکور دیوانعالی کشور مرجع فرجامخواهی آراء قابل فرجام است بنا به مراتب فوق هر چند که با تصویب قانون یاد شده صلاحیت دادگاههای تجدیدنظر در امور مدنی گسترش یافته لیکن باید گفت ممنوعیت و محدودیت قبول وکالت از ناحیه کارآموزان وکالت مقرر در قسمت اخیر تبصره ۳ ماده ۶ قانون کیفیت اخذ پروانه مصوب سال ۱۳۷۶ که با وجود قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب سال ۱۳۷۳ و تقسیم بندی دعاوی مندرج در ماده ۲۱ قانون مذکور به تصویب رسیده همچنان به قوت خود باقی است زیرا فلسفه وضع قسمت اخیر تبصره ۳ ماده یاد شده این بوده که کارآموزان وکالت در دوران کارآموزی تجربه و تبحر لازم را در امر وکالت کسب ننموده‌اند و به همین جهت باید از ابتدا از قبول وکالت و دخالت در پرونده‌های

مهم و پرونده‌هایی که ارزش مالی قابل توجهی دارند خودداری نمایند و این امر با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی جدید نیز باید رعایت شود. زیرا بعد از قانون کیفیت اخذ پروانه مصوب سال ۱۳۷۶

مقررات جدیدی که قبول وکالت از ناحیه کارآموزان وکالت را نسبت به دعاوی که قبلاً ممنوع در قبول وکالت آنها بوده‌اند مجاز اعلام نماید تصویب نشده و قانون آیین دادرسی مدنی جدید نیز دلالتی بر این امر ندارد بنابراین کارآموزان مذکور حتی با وکیل سرپرست نیز از ابتدا ممنوع از قبول وکالت و مداخله عملی در اینگونه دعاوی می‌باشند.

۳۳۶- مرجع تقدیم دادخواست ضررو زیان موقعی که پرونده در دادسرا در حال رسیدگی می‌باشد کجا است؟

صدقی (مستشار دادگاه تجدیدنظر):

با توجه به مواد ۹ و ۱۱ قانون آیین دادرسی

دادگاهها در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ پس از آنکه متهم تحت تعقیب قرار گرفت مدعی یا شاکی می‌تواند جهت مطالبه ضرر و زیان با رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی دادخواست ضرر و زیان بابت خسارات وارده (ناشی از وقوع جرم) به مرجع تعقیب (دادسرای مربوطه) تقدیم نماید. و پس از صدور کیفرخواست و ارسال پرونده به دادگاه، رسیدگی دادخواست مذکور به همراه اصل جرم بعمل می‌آید. مضافاً مواد ۱۲ و ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۰ و الحاقات و اصلاحات بعدی مؤید همین نظر می‌باشد. و در صورت عدم صدور کیفرخواست دادخواست و ضمانت به مرجع ذیصلاحیت ارسال می‌گردد.

ذاقلی (مجمع قضائی شهید محلاتی):

نظر اکثریت همکاران محترم این مجمع مبتنی بر این است که با توجه به عدم ذکر این موضوع در قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب و با توجه به اینکه عملاً نتیجه‌ای به ارائه دادخواست به دادسرا بار نمی‌باشد و از طرفی در انتهای ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری چنین بیان شده که مطالبه ضرر و زیان مستلزم رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی است و طبق قانون آیین دادرسی مدنی دادخواست بایستی به دفتر دادگاه تقدیم شود بنابراین دادسرا مکلف به پذیرش دادخواست نمی‌باشد. اما به نظر اینجانب نظر به اینکه طبق ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب وظایف و اختیارات دادسرا تا زمان تصویب آیین دادرسی مربوطه وفق قانون آ. د. ک. مصوب سال ۱۳۷۸ و سایر قوانین مرتبط است و طبق ماده ۱۱ قانون مذکور به محض اینکه متهم تحت تعقیب قرار گرفت شاکی یا مدعی می‌تواند رونوشت تمامی مدارک و دلائل خود را تقدیم مرجع تعقیب کند و به قریه ذیل همین ماده که مطالبه ضرر و زیان را مستلزم رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی دانسته که از جمله این تشریفات ارائه دادخواست می‌باشد و از طرفی طبق بند ه ماده ۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری شاکی باید ادله و مدارک خود را ضم شکوائیه نموده و تقدیم نماید مستلزم این معناست که منظور از ادله و مدارک مندرج در ماده ۱۱ مذکور ادله و مدارک لازم جهت مطالبه ضرر و زیان می‌باشد والا با وجود بند ه ماده ۶۹ یاد شده امری زائد به نظر می‌رسد کما اینکه ارائه مدارک طبق ماده ۶۹ الزامی است اما ارائه آنها برای مطالبه ضرر و زیان اختیاری است فلذا صرف نظر از اینکه تقدیم دادخواست در مرحله تعقیب و الزام به پذیرش آن از سوی دادسرا می‌تواند واجد آثار عملی مهمی از جمله رعایت ماده ۱۳۶ آیین دادرسی کیفری از جهت تناسب میزان وجه الکفاله و وثیقه با ضرر و زیان مورد مطالبه مدعی خصوصی باشد و صرف نظر از اینکه ممکن است پذیرش آن از سوی دادسرا در عمل در مواردی که پرونده در دادسرا منجر به صدور قرار منع تعقیب یا موقوفی تعقیب می‌شود اشکالاتی از لحاظ نحوه

نظامی یک و دو مجری می باشد، متضرر از جرم می تواند کلیه دلایل و مدارک خود را اعم از اصل یا رونوشت، به مأمور تعقیب تسلیم کند و نیز می تواند در موارد جنحه و خلاف تا اولین جلسه دادرسی و در امر رجایی قبل از تشکیل جلسه مقدماتی تسلیم دادگاه کرده و مطالبه ضرر و زیان نماید. در این موارد رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی راجع به دادخواست و جریان آن لازم نیست.

مفاد این مستند قانونی تقریباً مشابه عبارات صدر ماده ۱۱ آیین دادرسی کیفری جدید مصوب سال ۱۳۷۸ می باشد و در هر صورت مطالبه ضرر و زیان مستلزم رعایت تشریفات آیین دادرسی و تقدیم دادخواست است همچنانکه تبصره ماده ۱۲ آ. د. ک سال ۱۳۹۰ نیز به کیفیت بیان نموده که دادخواست مربوط به ضرر و زیان ناشی از جرم پس از صدور کیفرخواست و نزد دادگاه بعمل خواهد آمد و دادسرا مرجعی نیست که اختیار یا حداقل تکلیفی به دریافت و ثبت دادخواست ضرر و زیان را داشته باشد.

ثانیاً - از جمله شرایط اساسی در تنظیم دادخواست، تعیین و معرفی خواننده دعوی است (بند ۲ ماده ۵۱ آ. د. ک جدید) در حالیکه در پرونده های کیفری ممکن است اساساً در مرحله تعقیب در دادسرا، متهم پرونده معلوم و مشخص نباشد (بند ماده ۶۹ و مادنین ۴۵ و ۱۷۰ آ. د. ک جدید). بنابراین در چنین مواردی اساساً نمی توان دادخواست ضرر و زیان را بدون تعیین فاعل ورود زیان ناشی از جرم یا بهتر بگوئیم همان مجرم بعنوان خواننده، تنظیم و تقدیم نمود. به همین جهت شاید اینگونه باید گفت که دادخواست و کیفرخواست از این حیث با یکدیگر مشابهت دارند یعنی علاوه بر اینکه رسیدگی به دادخواست (اقامه دعوی مدنی) و کیفرخواست (اقامه دعوی جزایی از سوی دادستان - تبصره ۲ ماده ۲ و ماده ۴ آ. د. ک جدید و بند الف و م ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸) در دادگاه بعمل می آید، در هر دو ورقه قضایی فوق خواننده و متهم باید معین و معلوم باشند و الا دادگاه عمومی حقوقی و جزایی را مکلف به رسیدگی نخواهد کرد (بند ۲ ماده ۵۱ آ. د. ک جدید و بند ۱ از شق م ماده ۲ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸).

ثالثاً - بعلاوه آنچه که در ماده ۱۱۲ آ. د. ک مصوب ۱۳۹۰ و همچنین ماده ۱۱ آ. د. ک جدید آمده صرفاً ارائه دلایل و مربوط به ضرر و زیان مدعی یا شاکی خصوصی است که اساساً نمی توان آن را جایگزین دادخواست ضرر و زیان نمود بلکه ارائه دلایل مربوط

دادرسی مدنی بدان اشاره شده است. ۴- اصولاً رسیدگی به دادخواست در شأن دادگاه است و نه دادسرا.

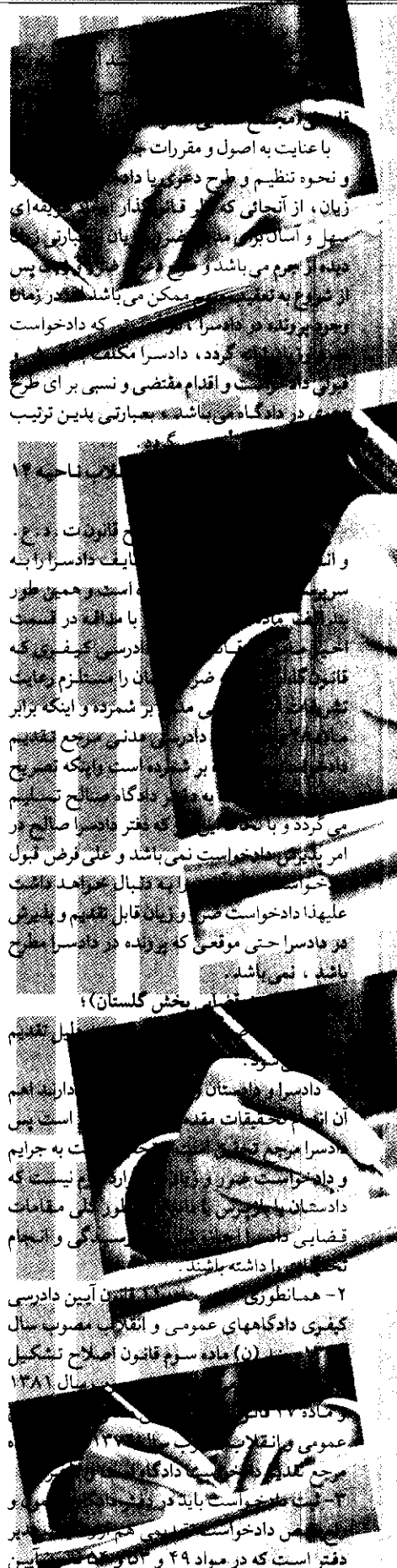
۵- عده ای معتقدند چون قانونگذار فرجه و مهلت تقدیم دادخواست را به مدعی خصوصی قبل از اعلام ختم رسیدگی داده است پس عدم پذیرش دادخواست ضرر و زیان مدعی خصوصی از ناحیه مقامات دادسرا نوعی سلب حق است که اینگونه نیست چرا که قانونگذار صراحتاً فرجه قانونی برای تقدیم دادخواست ضرر و زیان را قبل از اعلام ختم

رسیدگی اعلام نموده و اعلام ختم رسیدگی از وظایف قانونی دادگاه است نه دادسرا و فرجه قانونی جهت تقدیم دادخواست ضرر و زیان با ارسال پرونده به دادگاه آنها بعد از صدور کیفرخواست شروع و تا قبیل از اعلام ختم رسیدگی از ناحیه دادگاه ادامه خواهد داشت.

۶- عده ای معتقدند که بهتر است دادخواست ضرر و زیان را مقامات دادسرا قبول کنند و ضم پرونده نمایند چرا که در صدور میزان قرار تأمین خواسته مهم است و باید آن میزان خسارات ضرر و زیان وارده نیز لحاظ شود در پاسخ باید گفت که اولاً: چنانچه مثلاً در تصادفات به وسیله نقلیه شاکی، خسارات وارده شده باشد می توان با تقدیم دادخواست تأمین دلیل، میزان خسارات وارده به وسیله خویش را تقدیم دادسرا نماید یا قرار تأمین مناسبی صادر شود. ثانیاً: پس از صدور کیفرخواست و ارسال پرونده به دادگاه چنانچه شاکی اقدامی به تقدیم دادخواست ضرر و زیان به دادگاه نمود. دادگاه رأساً یا با تقاضای مدعی خصوصی اقدام به تشدید قرار تأمین صادر نماید، لذا این استدلال هم که از ناحیه مخالفین این نظر مطرح است با راه کارهای عملی مذکور قابل رفع است.

۷- اگر دادسرا پس از پذیرش دادخواست ضرر و زیان وارده اقدام به صدور قرار موقوفی تعقیب یا منع تعقیب نماید تکلیف دادخواست ضرر و زیان چه خواهد شد و کدامین مرجع باید به دادخواست ضرر و زیان رسیدگی کند و به چه نحوی؟ که این خود نیز از عللی است که دادخواست ضرر و زیان وارده را باید تقدیم دادگاه نموده نه دادسرا.

نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز): پاسخ: بنظر می رسد اصولاً تقدیم دادخواست ضرر و زیان باید در دادگاه مطرح شود و تقدیم دادخواست مزبور به دادسرا نه آثار قانونی دادخواست را به همراه خواهد داشت و نه دادسرا تکلیفی در پذیرش آن دارد. دلایل ذیل این نظر را تقویت می کند: اولاً - مطابق ماده ۱۲ آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۰ که هم اکنون در دادسراها و دادگاههای



با عنایت به اصول و مقررات دادرسی و نحوه تنظیم و طرح دعوی یا دادخواست و زیان، از آنجائی که در قبیل قانون رسیدگی به امور جزایی و آسان بوسیله دادسرا میسر می آید و در صورتی که مدعی از جرم می باشد و طرح دعوی در دادسرا پس از شروع به تعقیب کیفری ممکن می باشد، صدور دادخواست ضرر و زیان در دادسرا، امری است که دادخواست ضرر و زیان در دادسرا، دادسرا مکلف به رسیدگی و صدور قرار است و اقدام مقتضی و نسبی برای طرح دعوی در دادگاه می باشد. عبارتی بدین ترتیب

موضوع دادخواست ضرر و زیان در دادسرا، امری است که دادخواست ضرر و زیان در دادسرا، دادسرا مکلف به رسیدگی و صدور قرار است و اقدام مقتضی و نسبی برای طرح دعوی در دادگاه می باشد. عبارتی بدین ترتیب

۲- همانطوری که مستند آیین آیین دادرسی کیفری دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ (ن) ماده سوم قانون اصلاح تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ و ماده ۱۷ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۹۰ و ماده ۱۱ آ. د. ک جدید و بند ۱ از شق م ماده ۲ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸) در دادگاه بعمل می آید، در هر دو ورقه قضایی فوق خواننده و متهم باید معین و معلوم باشند و الا دادگاه عمومی حقوقی و جزایی را مکلف به رسیدگی نخواهد کرد (بند ۲ ماده ۵۱ آ. د. ک جدید و بند ۱ از شق م ماده ۲ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸).

به ضرر و زیان از جمله می تواند مبتنایی برای تعیین مبلغ وثیقه یا وجه الكفاله یا وجه الالتزام موضوع مادتين ۱۳۲ و ۱۳۶ آ.د. ک جدید باشد والا برای مطالبه ضرر و زیان می باید دادخواست مربوطه تنظیم و در موعد مقرر به دادگاه تسلیم نمود. تبصره یک ماده ۲۴۲ آ.د. ک جدید و رأی وحدت رویه شماره ۶۴۹ مورخ ۱۳۷۹/۷/۵).

وابعاً - رسیدگی و ثبت دادخواست اصولاً در صلاحیت دادگاههای عمومی حقوقی است مگر در مواردی که مقنن حسب مورد و در موارد استثنایی مقنن مرجع دیگری از

جمله دادگاههای انقلاب و دادگاههای عمومی جزایی (در خصوص ضرر و زیان ناشی از جرم) را تعیین کرده باشد.

بنابراین با این فرض می توان گفت که اساساً دادسراهای عمومی و انقلاب حتی از این حکم استثنایی نیز موضوعاً و تخصصاً خارج هستند.

بعلاوه اینکه در ماده ۱۱ آ.د. ک جدید به شاکی یا مدعی خصوصی این اجازه را می داد تا در مرحله تعقیب متهم، دادخواست ضرر و زیان خویش را تقدیم نماید اولاً به لحاظ آن بود که تفکیک مرحله تعقیب از مرحله دادرسی و رسیدگی خیلی قابل تمیز نبود و فی الواقع معلوم نبود که چه زمانی دادگاهها از امر تعقیب فارغ می شوند و ثانیاً مرجع دریافت و ثبت دادخواست مزبور، دادگاه بود که هم عهده دار امر تعقیب بود و هم متولی رسیدگی و محاکمه (ماده ۱۵ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳) بنابراین در آن زمان (یعنی قبل از اعاده دادسراها) نیز چنانچه متهم نامعلوم می بود، امکان تقدیم دادخواست به لحاظ عدم امکان تعیین خواننده وجود نداشت.

علاوه بر موارد فوق در بخش پایانی بند ۳ از شق ن ماده ۳ قانون اصلاح ق.ت.د.ع.و.مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸ نیز اعلام داشته که هر گاه دادگاه تعقیب مجددمتهم را تجویز کند، بازپرس رسیدگی و قرار مقتضی صادر می نماید ولی این امر مانع از رسیدگی به دادخواست ضرر و زیان مدعی خصوصی نمی باشد. به عبارت دیگر از نظر مقنن رسیدگی به دادخواست ضرر و زیان مقوله ای جدا از امر تعقیب متهم تلقی و صرفاً در صلاحیت دادگاه است. به همین لحاظ نیز مطابق رأی وحدت رویه شماره ۶۴۹ مورخ ۱۳۷۹/۷/۵، ولو اینکه متهم از اتهام متناسبه براءت حاصل نماید، این امر نافی صلاحیت و تکلیف دادگاه در رسیدگی به دادخواست ضرر و زیان ناشی از جرم نیست.

بنابراین با توجه به مراتب فوق زمانی که دادسرا در حال تحقیق و تعقیب می باشد، نه تنها تکلیف

بلکه حق دریافت و ثبت دادخواست ضرر و زیان ناشی از جرم مورد رسیدگی را نخواهد داشت بلکه صحیح تر آن است که مطابق ملاک مندرج در ماده ۱۲ آ.د. ک سال ۱۲۹۰، شاکی یا مدعی خصوصی با صدور کیفرخواست و طرح پرونده در دادگاه عمومی جزایی، دادخواست خویش را تقدیم دادگاه نمایند.

کما اینکه دادخواست ضرر و زیان ناشی از جرم بعنوان یک دعوی حقوقی قبل از طرح کیفرخواست نیز قابل ثبت و طرح می باشد لیکن این دادخواست

در چنین وضعیتی تنها قابل طرح و ثبت در دادگاه عمومی حقوقی است (ماده ۴ قانون اصلاح ق.ت.د.ع.و.مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸) که دادگاه مرجوع الیه بر اساس قواعد دادرسی و مقررات ماهوی آن را مورد رسیدگی قرار خواهد داد. قابل توجه آنکه ماده ۵ آیین

نامه اصلاحی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۱۱/۹ از جمله موارد ضرورت مفید در ماده ۴ قانون اصلاحی مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸ را دعاوی حقوقی ناشی از جرم (بتدالف ماده ۵ آیین نامه مزبور) اعلام داشته است. نظریه قریب با اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۴/۴/۲):

اولاً - به موجب قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری جدید مطالبه ضرر و زیان مستلزم رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی است و برابر ماده ۴۸ قانون اخیر دادخواست باید به دفتر دادگاه صالح تسلیم گردد نظریه های اداره حقوقی به شماره ۷۹/۴/۱۳-۷/۳۴۶۰ و ۷۹/۳/۱۷-۷/۲۱۱ و ۷۹/۴/۲۳۱-۷/۱۱-۸۰/۵ و نیز تبصره ۱ ماده ۲۴۲ ق.آ.د. ک جدید و همچنین آراء وحدت رویه شماره ۵۶-۵۲/۷/۲۵-۶۴۹-۷۹/۷/۵ نیز مؤید موضوع می باشند.

ثانیاً - با تصویب قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب سال ۱۳۸۱ وظایف و اختیارات دادرسی عمومی و انقلاب احصاء شده و در خصوص اینکه این واحد قضائی مکلف به پذیرش دادخواست ضرر و زیان باشد در قانون مذکور اشاره ای به آن نشده است و آنچه هم که در ماده ۱۲ آ.د. ک مصوب ۱۲۹۰ و همچنین صدر ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری جدید آمده صرفاً تسلیم دلایل و مدارک مربوط به ضرر و زیان مدعی یا شاکی خصوصی جهت پیوست به پرونده و در مرحله تعقیب بوده و دلالتی مبنی بر اینکه این دلایل و مدارک جایگزین دادخواست باشد ندارد.

بنابراین در صورت صدور کیفرخواست و ارسال پرونده به دادگاه جزائی مدعی خصوصی می تواند

دادخواست ضرر و زیان خود را به دادگاه مرجوع الیه تقدیم نماید و یا بنحو جداگانه از طریق دادگاه صالح اقدام نماید.

۳۳۷- آیا اعتراض به تشدید قرار تأمین کیفری در صورت پذیرش موکول به تبدیل نوع قرار موصوف می باشد یا تخفیف در میزان همان قرار صادره را نیز در بر می گیرد؟

فیروزی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۶ تهران):

چنانچه در اثر اعتراض متهم به تشدید تأمین موضوع در محکمه مطرح شود و دادگاه قرار تأمین کیفری مشدد را فک نماید، و پرونده به دادسرا اعاده شود تخفیف از حیث مبلغ قرار التزام به حضور - کفالت، یا وثیقه یا تبدیل نوع قرار مشمول عنوان تخفیف است و بالعکس فقط باید به یک موضوع مهم توجه نمود و آن اینکه اگر قرار تأمین کیفری از حیث افزایش مبلغ (مثلاً کفالت از ۲۰ میلیون ریال به چهل میلیون ریال) تشدید گردیده و این قرار در دادگاه فک شده است، دادسرا نمی تواند بجهت تخفیف نوع قرار کفالت را به قرار التزام به حضور تبدیل نماید بلکه می بایست مبلغ مشدد را به مبلغ سابق برگرداند و چنانچه قرار تأمین کیفری از حیث نوع تشدید شد (مثلاً از قرار کفالت به وثیقه) و در دادگاه قرار مشدد فک شود دادسرا تخفیف را باید فقط از حیث نوع اعمال نماید و نمی تواند مثلاً مبلغ وجه الوثاقه را تخفیف دهد.

یاوری (دادستانی کل کشور):

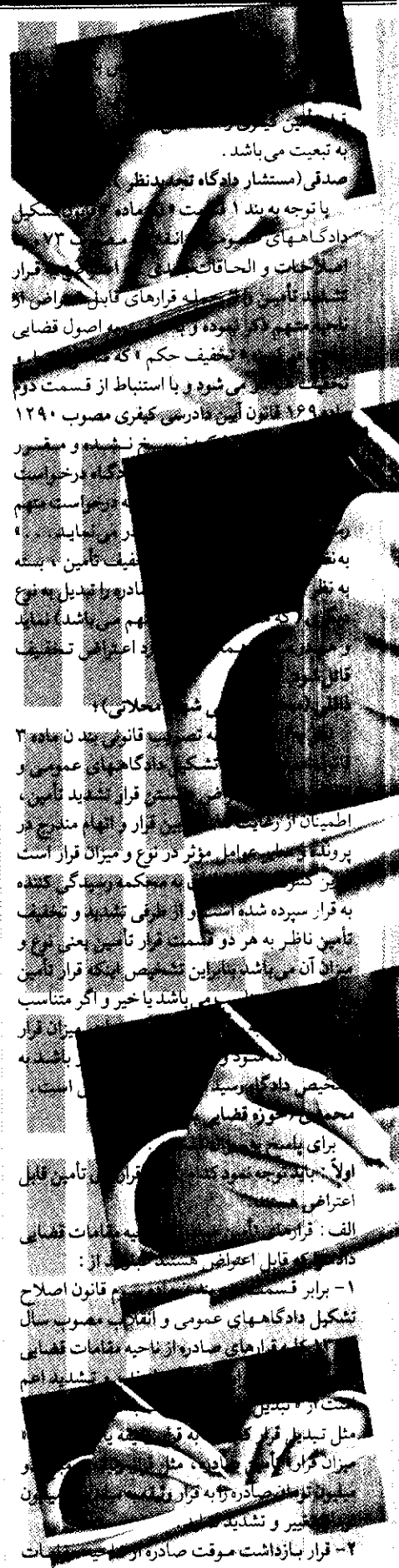
قرار تأمین باید متناسب با نوع جرم باشد والا تخلف انتظامی است. تناسب قرار عنوانی کلی و مطلق است و شامل نوع و میزان هر دو می شود. با استفاده از وحدت ملاک فوق، می توان گفت تشدید قرار هم عام است و شامل نوع و میزان قرار هر دو می شود.

حال که تشدید قرار عام است، بطور مطلق قابل اعتراض است (هم به نوع قرار می شود اعتراض کرد و هم به مبلغ آن) و در صورت پذیرش اعتراض، حسب مورد تبدیل نوع قرار و یا تقلیل میزان (مبلغ) قرار هر دو را در برمی گیرد. فلذا چنانچه اعتراض به نوع قرار باشد در صورت قبول اعتراض باید نوع قرار صادره به قرار سبک تر تبدیل شود و اگر اعتراض به مبلغ قرار باشد، با پذیرش اعتراض، بایستی میزان قرار کاهش یابد.

علی زاده (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران):

اتفاق نظر قضات این دادسرا؛

با عنایت به اینکه تشدید قرار تأمین خود به دو قسم می باشد: الف - تشدید تأمین بواسطه افزایش مبلغ تأمین ب - تشدید تأمین بواسطه تبدیل نوع آن از خفیف به شدید، موارد عکس آن یعنی تخفیف قرار تأمین کیفری به لحاظ مراتب به دو نحو میسر بوده یا از حیث مقدار مبلغ تأمین کاهش می یابد و یا از طریق تبدیل نوع آن از شدید به خفیف که در این راستا



مذکور خواهند داشت و اخذ تأمین مناسب اعم است از تشدید یا تخفیف یا تبدیل قرار.

اما حال باید به نکته دیگری که در فرض سؤال ممکن است وجود داشته باشد پرداخت و آن این است که منظور از «در صورت پذیرش» در فرض سؤال کدام مرجع است، یعنی کدام مرجع اعتراض به تشدید قرار تأمین کیفری را پذیرش نماید و اگر اعتراض را پذیرفت آیا آن مرجع می تواند قرار صادره را تبدیل کند یا تخفیف دهد؟

۱- چنانکه مقامات قضایی دادسرا قرار تأمین صادر نمایند سپس آن قرار را تشدید نمایند در این صورت، به محض اعتراض نسبت به قرار صادره از ناحیه متهم، پرونده جهت رسیدگی به اعتراض به دادگاه صالحه ارسال می گردد، و این تشدید قرار ممکن است مثلاً قرار کفالت به وثیقه تبدیل شود که در اینجا، قرار بدوی صادره تبدیل به قرار از نوع دیگر شده است یا مثلاً قرار وثیقه به مبلغ سه میلیون تومان به مبلغ پنج میلیون تومان تخفیف می یابد که این نوع تخفیف، تخفیف در میزان تأمین صادره است، پس تشدید قرار تأمین کیفری، اعم از تبدیل در نوع یا ازدیاد میزان قرار تأمین صادره خواهد بود در اینجا دادگاه صالحه مندرج در بند (ن) ماده سوم قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ چنانکه نوع قرار صادره را شدید بدانند قرار را نقض و جهت صدور قرار متناسب با اتهام وارده، پرونده را به مرجع مربوطه ارسال می نماید و هر گاه میزان قرار تأمین کیفری صادره را شدید بدانند در اینجا دادگاه صالحه قرار را نقض نمی کند بلکه ضمن اعلام مخالفت با میزان قرار صادره، پرونده را جهت صدور قرار متناسب، از جهت میزان قرار تأمین ارسال می نماید که البته بهتر است نوع و

میزان قرار را مشخص و اعلام نکند و اختیار صدور قرار تأمین اخف را برابر مفاد ماده ۱۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری بر عهده مقامات دادسرا بگذارد و اگر نوع و میزان قرار صادره را نیز برای مقام صادره کننده قرار تأمین معین و مشخص نماید به نظر، بعنوان مرجع تالی اشکالی نخواهد داشت و مقام صادرکننده قرار مکلف به تبعیت از نظر قرار دادگاه، خواهد بود و رسیدگی به اعتراض قرار تأمین کیفری از ناحیه دادگاه صالحه، بعنوان مرجع تجدیدنظر به همین معنی است که دادگاه اگر قرار صادره از ناحیه مقامات قضایی دادسرا را شدید بدانند، آن را نقض و جهت اقدام مقتضی، مرجع صادر کننده را بطرف مذکور ارشاد نماید، و مقامات دادسرا مکلف به تبعیت از نظر دادگاه خواهند بود. اما چنانچه پرونده به دادگاه بدوی یا تجدیدنظر ارسال شود و بعد نسبت به قرار

قضایی دادسرا برابر بند قسمت دوم بند «ن» ماده سوم قانون مذکور، که قابل اعتراض است.

ب) قرارهای تأمین صادره از ناحیه دادگاه بدوی یا تجدیدنظر که قابل اعتراض هستند:

برابر مفاد ماده ۱۴۷ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۸ قرارهای تأمین صادره به متهم باید ابلاغ شود، و برابر تبصره ماده ۱۴۷ مرقوم، هر قرار تأمین قابل اعتراض نیست پس در اینجا باید گفت که قابل اعتراض بودن یا نبودن قرارهای تأمین صادره «عموم و خصوص من وجه» است یعنی هر قرار تأمین صادره قابل اعتراض نیست، حال باید به این سؤال پاسخ داد که قرارهای تأمین قابل اعتراض کدامند؟

۱- مطابق مفاد ماده ۲۳ قانون آیین دادرسی کیفری فقط قرار بازداشت موقت قابل اعتراض و تجدیدنظر خواهی است.

۲- برابر مفاد ماده ۱۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری، متهم می تواند از دادگاه بدوی یا تجدیدنظر تقاضای تخفیف یا تبدیل تأمین را بنماید و متهم می تواند به کلیه قرارهای تأمین صادره از ناحیه دادگاه بدوی و تجدیدنظر اعتراض نموده و تقاضای تخفیف یا تبدیل تأمین صادره را بنماید.

۳- برابر مفاد ماده ۲۵۶ قانون آیین دادرسی کیفری هر گاه از حکم صادره درخواست تجدیدنظر شود و از متهم تأمین اخذ نشده باشد و یا متناسب با جرم و ضرر و زیان شاکی خصوصی نباشد دادگاه تجدیدنظر با توجه به دلایل موجود می تواند تأمین متناسب اخذ نماید که در این ماده قانونگذار به دادگاه تجدیدنظر حق اخذ تأمین و نیز اخذ تأمین متناسب را داده که این اخذ تأمین متناسب، اعم است از این که قرار تأمین صادر شده را دادگاه تجدیدنظر تشدید یا تخفیف دهد.

۴- برابر مفاد ماده ۲۷۵ قانون آیین دادرسی کیفری رأی دیوانعالی کشور در خصوص پذیرش اعاده دادرسی، اجرای حکم را در صورت عدم اجراء تا اعاده دادرسی و صدور حکم مجدد به تعویق خواهد انداخت لیکن به منظور جلوگیری از فرار یا مخفی شدن محکوم علیه چنانچه تأمین متناسب از متهم اخذ نشده باشد یا تأمین مأخوذه منتهی شده باشد، تأمین لازم اخذ می شود.

تبصره: مرجع صدور قرار تأمین، دادگاهی است که پس از تجویز اعاده دادرسی به موضوع رسیدگی می نماید.

با توجه به این که پس از پذیرش اعاده دادرسی، پرونده حسب مورد به دادگاه بدوی یا دادگاه تجدیدنظر ارسال خواهد شد لذا دادگاه بدوی و تجدیدنظر حق اخذ تأمین متناسب را برابر ماده

تأمین کیفری را می تواند به تبعیت می باشد.

صدقی (مستشار دادگاه تجدیدنظر)

با توجه به بند ۱ قسمت دوم ماده ۱۳۴ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۸ اصلاحات و الحاقات بعدی، در این مورد قرار تجدیدنظر از سوی مرجع صادره قابل اعتراض است.

تأمین کیفری در صورتی که پرونده از جهت اصول قضایی منتهی شده باشد، قابل اعتراض نیست که در صورتی که پرونده منتهی نشده باشد، با استنباط از قسمت دوم ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰

تجدیدنظر خواهی است. در صورتی که پرونده منتهی نشده باشد، با استنباط از قسمت دوم ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰

تجدیدنظر خواهی است. در صورتی که پرونده منتهی نشده باشد، با استنباط از قسمت دوم ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰

تجدیدنظر خواهی است. در صورتی که پرونده منتهی نشده باشد، با استنباط از قسمت دوم ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰

تجدیدنظر خواهی است. در صورتی که پرونده منتهی نشده باشد، با استنباط از قسمت دوم ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰

تجدیدنظر خواهی است. در صورتی که پرونده منتهی نشده باشد، با استنباط از قسمت دوم ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰

تجدیدنظر خواهی است. در صورتی که پرونده منتهی نشده باشد، با استنباط از قسمت دوم ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰

تجدیدنظر خواهی است. در صورتی که پرونده منتهی نشده باشد، با استنباط از قسمت دوم ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰

تجدیدنظر خواهی است. در صورتی که پرونده منتهی نشده باشد، با استنباط از قسمت دوم ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰

تجدیدنظر خواهی است. در صورتی که پرونده منتهی نشده باشد، با استنباط از قسمت دوم ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰

تجدیدنظر خواهی است. در صورتی که پرونده منتهی نشده باشد، با استنباط از قسمت دوم ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰

تجدیدنظر خواهی است. در صورتی که پرونده منتهی نشده باشد، با استنباط از قسمت دوم ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰

تجدیدنظر خواهی است. در صورتی که پرونده منتهی نشده باشد، با استنباط از قسمت دوم ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰

تجدیدنظر خواهی است. در صورتی که پرونده منتهی نشده باشد، با استنباط از قسمت دوم ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰

تجدیدنظر خواهی است. در صورتی که پرونده منتهی نشده باشد، با استنباط از قسمت دوم ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰

تأمین صادره اعتراض شود این دادگاهها برابر مفاد ماده ۱۸۲ که ذکر شد و نیز سایر قوانین جاری حسب مورد قرار تأمین صادره را تبدیل یا تخفیف یا ابقاء خواهند نمود.

۲- در دادگاه کیفری استان:

چنانچه اعتراض به تأمین قرار صادره، نزد دادگاه کیفری استان معمول گردد آن دادگاه با توجه به مفاد ماده ۳۵ از قانون آیین دادرسی کیفری دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۸ نسبت به قرار تأمین مورد اعتراض چنانچه در «قرار بازداشت موقت» باشد تصمیم مقتضی را می گیرد و چنانکه قرار مورد اعتراض «سایر قرارهای تأمین غیر از قرار بازداشت موقت» حسب مورد دادگاه کیفری استان به استناد ماده ۱۳۴ قانون اخیر الذکر اقدام به تبدیل یا تخفیف یا ابقاء قرار تأمین خواهد نمود.

۳- در شعب تشخیص دیوانعالی کشور:

چنانچه در شعب تشخیص دیوانعالی کشور، نسبت به قرار تأمین صادره اعتراض شود شعب تشخیص دیوانعالی کشور همچنان مثل دادگاههای تجدیدنظر خود حق نقض دادنامه و صدور رأی را دارند لذا همچون دادگاههای کیفری استان که به شرح مذکور توضیح داده شد، اقدام می نماید.

نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):

پاسخ: اولاً: بی تردید تشدید قرار تأمین کیفری هم ناظر بر تبدیل نوع قرار است (مانند تبدیل کفالت به بازداشت) و هم افزایش میزان همان قرار صادره را در برخواهد گرفت (مانند تشدید قرار وجه التزام از مبلغ ده میلیون ریال به پنجاه میلیون ریال). بنابراین

بر اساس نوع و میزان قرار مورد تشدید، چنانچه اعتراضی به تشدید قرار تأمین کیفری پذیرفته شود، به همان کیفیت و کمیتی که تشدید یافته، می بایست اعاده گردد.

به عبارت دیگر فرقی نمی کند که تشدید تأمین از حیث نوع قرار تأمین کیفری باشد یا از جهت

میزان آن؛ در هر یک از دو صورت فوق امکان تشدید تأمین وجود دارد و به همین لحاظ نیز با پذیرش اعتراض به تشدید قرار تأمین، به قرار سابق اعاده خواهد شد. البته بهتر است به جای کلمه اعاده قرار از عبارت ابقاء قرار قبلی استفاده شود. زیرا مادام که قرار مشدده جدید قطعیت نیابد، قرار اولیه از اعتبار قانونی خارج نخواهد شد. به همین لحاظ نیز مقتن در برخی از مقررات از عبارت تخفیف یا تبدیل قرار تأمین استفاده نموده است (مواد ۳۴ و ۱۸۲ آیین دادرسی کیفری جدید و شقوق ح و ط ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب سال ۱۳۸۱) که بنظر استعمال کلمه (تخفیف) ناظر بر کمیت و میزان قرار صادره از یک نوع و استعمال

کلمه (تبدیل) ناظر بر تبدیل قرار به نوع دیگری از قرارهای تأمین است. ملاک مقرر در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ نیز مؤید همین استدلال است.

ثانیاً: باید توجه داشت که قرارهای تأمین کیفری مطابق تبصره ماده ۱۴۷ آ. د. ک جدید، اصولاً قطعی تلقی و قابل اعتراض نیستند و فقط برخی از قرارهای تأمین قابل اعتراض می باشند مانند قرار بازداشت و قرار عدم خروج از کشور (مادتین ۳۳ و ۱۳۳ آ. د. ک جدید و بند ۲ از شق ن ماده ۳ ق. اصلاح ق. ت. د. ع. و ا مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸). در کنار این امور قرار تشدید تأمین نیز قابل اعتراض اعلام گردیده که پس از پذیرش اعتراض در مرجع صالح یعنی دادگاه، قرار تشدید تأمین یعنی قرار تأمین جدید الصدور نقض می شود که با نقض این قرار، قهراً همان قرار تأمین قبلی به قوت خود باقی خواهد ماند.

بنابراین دادگاه رأساً پس از نقض قرار تأمین جدید، قرار دیگری را صادر نخواهد نمود.

زیرا صلاحیت دادگاه صرفاً رسیدگی در محدوده اعتراض است که موضوع اعتراض نیز تنها ناظر بر تشدید قرار تأمین سابق می باشد و با نقض این تصمیم، قرار تأمین جدید الصدور قطعیت نخواهد یافت و همان قرار تأمین قبلی به قوت و اعتبار خود باقی ماند.

نظریه قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۴/۵/۶)؛

صدور قرار تأمین کیفری برای متهم می بایست با رعایت مفاد ماده ۱۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ صادر شود در اینصورت قرار مذکور می بایست با اهمیت جرم و شدت مجازات و دلایل و اسباب اتهام و احتمال فرار متهم و از بین رفتن آثار جرم و سابقه متهم و وضعیت مزاج و سن و حیثیت او متناسب باشد انواع قرارهای

بی تردید تشدید قرار تأمین کیفری هم ناظر بر تبدیل نوع قرار است و هم افزایش میزان همان قرار صادره را در برخواهد گرفت مانند تشدید قرار وجه التزام از مبلغ ده میلیون ریال به پنجاه میلیون ریال

تأمین کیفری نیز در ماده ۱۳۲ قانون فوق الذکر ذکر شده است اما به موجب بند ۲ شق «ن» ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ از انواع قرارهای تأمین یاد شده فقط قرار بازداشت موقت از بدو صدور قابل اعتراض می باشد و سایر قرارها در صورت تشدید قابل اعتراض می باشند زیرا که تشدید قرار تأمین کیفری ممکن است موجبات سلب آزادی متهم را فراهم نماید بنابراین در صورت اعتراض نسبت به قرار بازداشت موقت و فک آن در محکمه و نظر محکمه و نظر محکمه مبنی بر صدور قرار خفیف تر دادسرا مکلف است قرار تأمین کیفری مناسبی غیر از قرار بازداشت موقت صادر نماید و اما در صورت اعتراض نسبت به تشدید قرار تأمین

کیفری و فک آن در محکمه دادسرا باید میزان یا نوع قرار مشدده را یا نوع میزان اولیه برگرداند ضمناً در صورتی که محکمه رأساً نوع یا میزان قرار تأمین کیفری را مشخص نماید دادسرا مکلف به تبعیت نظر محکمه خواهد بود.

۳۳۸- آیا مقررات ماده ۹ قانون راجع به دلالتان مصوب ۸ اسفند ۱۳۱۷ با توجه به تصویب قوانین بعدی به قوت خود باقی است؟
علیرزاده (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران):

اتفاق نظر قضات این دادسرا؛

نظر به قوانین راجع به دلالتان و دیگر قوانین بعدی مرتبط و یا غیر مرتبط با آن، قوانینی که ناقض صریح یا ضمنی ماده ۹ قانون راجع به دلالتان مصوب ۸ اسفند ۱۳۱۷ باشد ملحوظ نگردیده لذا قانون مرقوم به قوت خویش باقی می باشد.

یاوری (دادستانی کل کشور):

مطابق ماده ۱۱ قانون دلالتان مصوب ۱۳۱۷، هیأت وزیران بر حسب نوع دلالتی مقامی را که برای صدور پروانه و سایر وظائف مذکور در این قانون صلاحیت دارد معین خواهند کرد و آیین نامه اجرائی مواد ۳ و ۱۱ قانون مذکور در تاریخ ۱۳۱۹/۵/۲۱ به تصویب هیأت وزیران رسیده و مطابق ماده یک آن، مقام صالح برای صدور پروانه دلالتی معاملات ملکی اداره کل ثبت اسناد و املاک است.

علاوه بر آیین نامه مذکور و در اجرای ماده ۱۲ قانون دلالتان، هیأت وزیران در سال ۱۳۱۹ آیین نامه دلالتان ملکی را تصویب نمود که به نحوه صدور پروانه توسط ثبت اشاره دارد. بند «ت» ماده ۵۱ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۲۷/۱۱/۸۰ مقرر داشته که سازمان ثبت اسناد و املاک کشور موظف است تقاضای اشتغال به شغل مشاورین املاک و خودرو را بررسی و نسبت به تطبیق وضع آنها که تا تاریخ تصویب این قانون به شغل مذکور اشتغال دارند طبق مقررات اقدام نمایند.

تبصره ماده ۲ قانون نظام صنفی کشور مصوب ۱۳۲۸/۱۲/۸۳ مقرر داشته «صنوفی که قانون خاص دارند، از شمول این قانون مستثنی هستند» و بالاخره ماده ۲ دستورالعمل اجرائی نحوه صدور پروانه تخصصی اشتغال برای مشاورین املاک و خودرو مصوب ۱۳۱۵/۴/۸۴ تصریح نموده «اشتغال به شغل مشاور املاک و خودرو منوط به داشتن پروانه کسب از اتحادیه مربوطه و پروانه تخصصی از سازمان ثبت اسناد و املاک کشور می باشد». بنابراین به اعتقاد اینجانب، قانون دلالتان قانون خاص است. و به صراحت مستندات فوق از شمول قانون نظام صنفی مصوب سال ۸۳ خارج بوده و کماکان به قوت و اعتبار خود باقی است.

آقای نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):
بنظر می رسد ماده ۹ قانون راجع به دلالتان مصوب ۱۳۱۷/۱۲/۸ کماکان به قوت و اعتبار

چنانچه ثابت شود سندی سفید امضاء بوده است طبق تئوری نمایندگی، اصل بر این است که دارندة سند به نمایندگی از سوی امضاء کننده و در راستای توافق قبلی اقدام کرده و ظاهر سند حجت است و اصل بر صحت آن می باشد مگر اینکه منتسب الیه ثابت نماید که سند مذکور بر خلاف قصد و اراده وی تنظیم شده است.

علیزاده (اتفاق نظر قضات دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران):

با فرض اثبات سفید امضاء بودن سند و اینکه به اراده صاحب امضاء تحویل دارنده سند گردیده و متن آن به توسط تحویل گیرنده

تنظیم شده باشد لذا از اراده طرفین چنین افاده می گردد که فی الواقع امضاء کننده با تحویل برگ سفید امضاء

تحویل گیرنده را وکیل در تنظیم متن آن کرده است با لحاظ مراتب و با مراجعه به

مقررات حاکم بر عقد وکالت و مستفاد از مواد ۶۶۷ و ۶۷۴ قانون مدنی مندرجات

سندی با وصف صدور به صورت سفید امضاء فقط در حدودی که صاحب امضاء به تحویل گیرنده سفید امضاء اذن و تجویز در تنظیم نموده الزام آور است.

رضا شاه حسینی (دادگستری ورامین):

با توجه به اینکه اصالت صدور و انتساب امضا علیه صادر کننده ثابت است و با توجه به اینکه علی الاصول صدور سند سفید امضاء بر مبنای توافق طرفین و بر اساس موضوع نمایندگی و وکالت قابل

توجه است و بنابراین با وجود اثبات اصالت امضاء صادر کننده، اصل بر صحت مفاد و موضوع وکالت است. از این حیث که صادر کننده خود توافق داشته

است که ابراز کننده سند مبلغ یا عبارتی را در آن درج نماید، لیکن چون ادعای خلاف اصل قابل

اثبات است و چنانچه صادر کننده مدعی شود که ابراز کننده عبارتی یا مبلغی را در سند سفید امضاء

درج نموده است که وی موافق آن نبوده است در واقع قول وی خلاف اصل صحت نمایندگی و وکالت

است، بنابراین خود شخص وی (امضاء کننده) باید این موضوع را ثابت نماید. چه اینکه وی مدعی است

و بار اثبات دلیل بر عهده مدعی است و در فرضی که اساساً امضاء کننده مدعی شود دارنده سند از سند

سفید امضاء سوء استفاده نموده است، این قول وی نیز خلاف اصل صحت و اصل عدم سوء استفاده

است و با این وصف وی ضمن اینکه می تواند تحت این عنوان دعوی کیفری طرح نماید، همچنین

می تواند در دعوی حقوقی، موضوع سوء استفاده از سند سفید امضا را ثابت نماید. در هر حال، وی

مدعی است و ادعای وی باید ثابت شود.

بنابراین در پاسخ به سوال می گویم اصل بر این است که مندرجات سند سفید امضاء علیه صادر کننده

سند، قابل استناد است، لیکن خلاف این موضوع

مستندات ابرازی (بشرح فوق) مقررات ماده ۹ قانون راجع به دلالان مصوب ۸ اسفند ۱۳۱۷ همچنان به قوت خود باقی است.

۳۳۹- در صورت اثبات سفید امضاء بودن سند، آیا مندرجات بعدی در این سند بنحو مطلق الزام آور

است؟ یاوری (دادستانی کل کشور):

پاسخ: حسب ظاهر تعریف سند مبنی بر اینکه سند نوشته ای است که محضی به امضاء یا مهور به مهر

و یا منقوش به اثر انگشت متعهد باشد، باید گفت سفید امضاء، سند محسوب نمی شود و لی با توجه

به عرف قضائی و نیز ماده ۶۷۳ قانون مجازات اسلامی و قانون صدور چک و ماده

۱۰ قانون مدنی (در حد توافق شفاهی) می توان گفت در حقوق ما سفید امضاء،

پذیرفته شده و با این توصیف، وقتی کسی متن سفیدی را امضاء کرد و به

دیگری سپرد، به دارنده اختیار و وکالت داده که متن مذکور را تکمیل و استفاده نماید. بنابراین اصل بر اینست که نوشته مذکور معتبر است مگر امضاء کننده

سند مدعی استفاده خلاف باشد که در اینصورت او باید سوء استفاده را ثابت کند. بعبارت دیگر سفید

امضاء بطور مطلق الزام آور نیست و چنانچه امضاء کننده ثابت کرد که از آن سوء استفاده شده و یا سفید

امضائی بر خلاف قوانین امره اخذ شده باشد (مثل سفید امضائی که از کارگر اخذ می شود تا او را از شمول قانون کار خارج کنند. . .) فاقد ارزش حقوقی

خواهد بود که البته ثبوت این ادعا بعهده امضاء کننده سفید امضاء می باشد.

ذاقلی (مجمع قضایی شهید محلاتی):

نظر به اینکه طبق ماده ۶۷۳ قانون مجازات اسلامی سوء استفاده از سفید امضاء ممنوع شده است مفهوم مخالف آن این است که در غیر از موارد

سوء استفاده هر گونه استفاده دیگر از سفید امضاء از لحاظ حقوقی قابل پذیرش است اما در خصوص سوال مورد نظر چند فرض قابل تصور است:

(۱) عبارت «به طور مطلق الزام آور است» برگشت به مرحله ثبوت یعنی واقع امر دارد که در این حالت با توجه

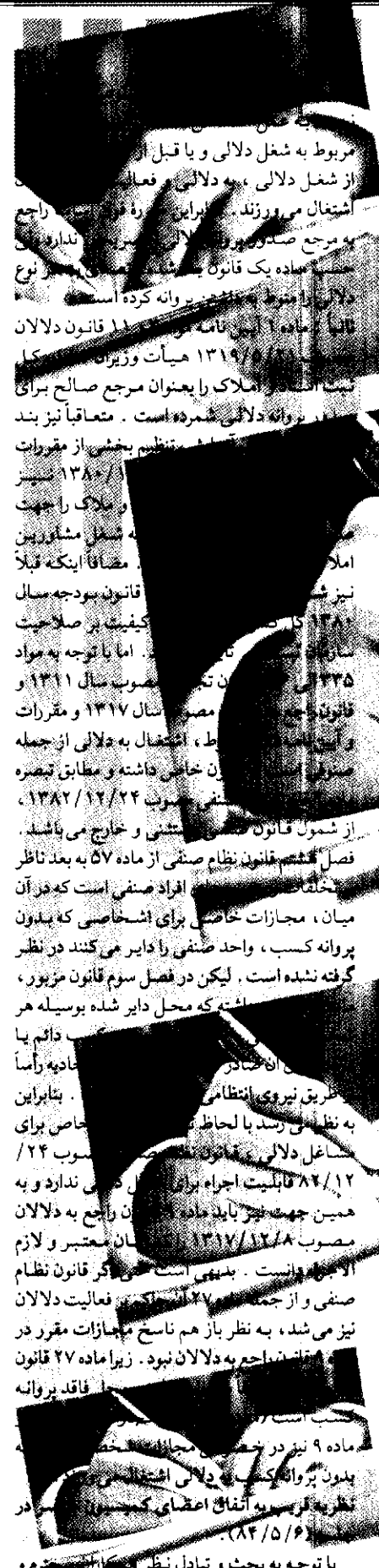
به اینکه مندرجات سند سفید امضاء برای الزام آور بودن لا محال له بایستی منطبق با قصد و اراده طرفین باشد

و صرف انعکاس مطالبی در سند مورد نظر به اعتبار امضاء ذیل آن قابل پذیرش نیست. لذا تخطی دارنده

سند سفید امضاء از توافق قبلی خود با امضاء کننده موجب بی اعتباری مندرجات سند است بنابراین در این

مرحله صحت مندرجات سند نه مطلق بلکه مقید به مراعی داشتن قصد و اراده قبلی طرفین است.

(۲) نظر به اینکه در علم حقوق با عالم اثبات سرو کار داریم نه عالم ثبوت و به همین دلیل وظیفه اصلی قاضی فصل خصومت است نه کشف واقع



موضوع این مقاله: بررسی حقوقی سفید امضاء و آثار آن در دعاوی حقوقی و کیفری

از سوی امضا کننده سند قابل اثبات است و اثبات آن عهده بر وی می باشد.
فیروزی (داده سرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۶ تهران):

با توجه به ماده ۱۰ و ماده ۱۳۰۴ قانون مدنی: امضائی که در ذیل نوشته یا سندی باشد مندرجات آن نوشته یا سند را به شخص امضاء کننده بار می کند، و چون این یک قاعده عمومی است، پس مندرجات آن سند بطور مطلق الزام آور است. مگر در ۲ مورد استثناء: اول - ماده ۶۷۳ قانون مجازات

اسلامی در مورد سوء استفاده از سفید امضاء. دوم - مغایرت مفاد و مندرجات سند با نظم عمومی، اخلاق حسنه و قواعد آمره.

محمدی (حوزه قضایی بخش گلستان):

اصل بر این است که مفاد تنظیمی در سند سفید امضاء که در اختیار دارنده

می باشد معتبر است مگر خلاف آن را، طرف مقابل به اثبات برساند.

حال اگر اثبات شود که، سندی سفید امضاء داده شده است که فرض سؤال هم، همین است، سؤال دیگری را پیش رو می آورد که آیا مفاد تنظیمی این سند معتبر است یا خیر؟ باید گفت اگر آن سند را دارنده سند، بر اساس «توافق» و «قرارداد تنظیمی» یا «مورد وکالت» مطابق قانون و شرع، بفتح خویش تنظیم نماید، و آنرا به اثبات برساند، مفاد سند معتبر خواهد بود والا معتبر نیست.

نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):
پاسخ:

پاسخ به این سؤال را نمی توان بطور مطلق، مثبت یا منفی اعلام داشت زیرا: اولاً - سند سفید امضاء در وهله اول نمی تواند واجد هیچ گونه دلالت و یا تعهدی بر علیه امضاء کننده باشد. بعبارت دیگر صرف امضاء در سندی بدون اینکه متضمن متن و یا تعهدی باشد، حاکی از هیچ مطلبی نبوده و هیچ گونه اثری نه نسبت به امضاء کننده و نه به نفع دارنده سند نخواهد داشت. بنابراین وقتی سندی بصورت سفید و قبل از درج نوشته یا تعهد در متن، به امضاء می رسد و تسلیم می گردد، بی تردید باید آن را مسبوق به نیابت و وکالت دانست تا دریافت کننده سند متعاقباً و حسب اذن و نیابت امضاء کننده و در محدوده نیابت مفوضه، متن سند را تنظیم و پر نماید. بنابراین هر گاه دارنده سند سفید امضاء به خلاف نیابت و وکالت تفویضی از سوی امضاء کننده، متن سند را تنظیم نموده و در آن شرط یا تعهدی نداشته را درج کند که اساساً موضوع نیابت نبوده و یا بیش از حدود اختیار بوده است، بی تردید چنین تعهدی را نباید برگردن امضاء کننده نهاد. به

همین جهت نیز ماده ۶۷۳ قانون مجازات اسلامی، سوء استفاده از سفید امضاء را بعنوان یکی از مصادیق خیانت در امانت، جرم تلقی و مستوجب کیفر دانسته است. این وضعیت در شرکتها و میان تجاری که معاملات عدیده ای دارند، بسیار اتفاق می افتد مانند زمانی که مدیرعامل شرکت به جهت مسافرت و جلوگیری از وقفه در امور مالی شرکت، چند برگ چک را به صورت سفید، امضاء نموده و آن را به مدیر مالی شرکت می سپارد تا از آن محل، حقوق کارمندان و یا طرفهای قرار داد شرکت را حسب مورد پرداخت نماید.

لیکن مدیر مالی آن رادر وجه خود تنظیم و به حیطة وصول در می آورد. بنابراین از حیث ماهیت امر، موضوع عمدتاً حول محور وکالت و نیابت و اذن در تنظیم متن سفید امضاء دور می زند. در مواقعی که با سندی مواجه می شویم که ابتدا سفید

سفید امضاء به طور مطلق الزام آور نیست و چنانچه امضاء کننده ثابت کرد که از آن سوء استفاده شده و یا سفید امضائی بر خلاف قوانین آمره اخذ شده باشد فاقد ارزش حقوقی خواهد بود

امضاء بوده و سپس با الحاق تعهد و متن، تحریر یافته، نکته مهم احراز انتساب عبارات و تعهدات مندرج در سند به صاحب امضاء است. بدیهی است در مواردی که احراز و اثبات شود که عبارات، مندرجات و تعهدات الحاقی به سند سفید امضاء بدون اذن و اجازه امضاء کننده و یا خارج از حدود اختیارات تفویضی از سوی او، تحریر گردیده، بی شک نباید مفاد سند رادر آن قسمت، منتسب به امضاء کننده سند دانست.

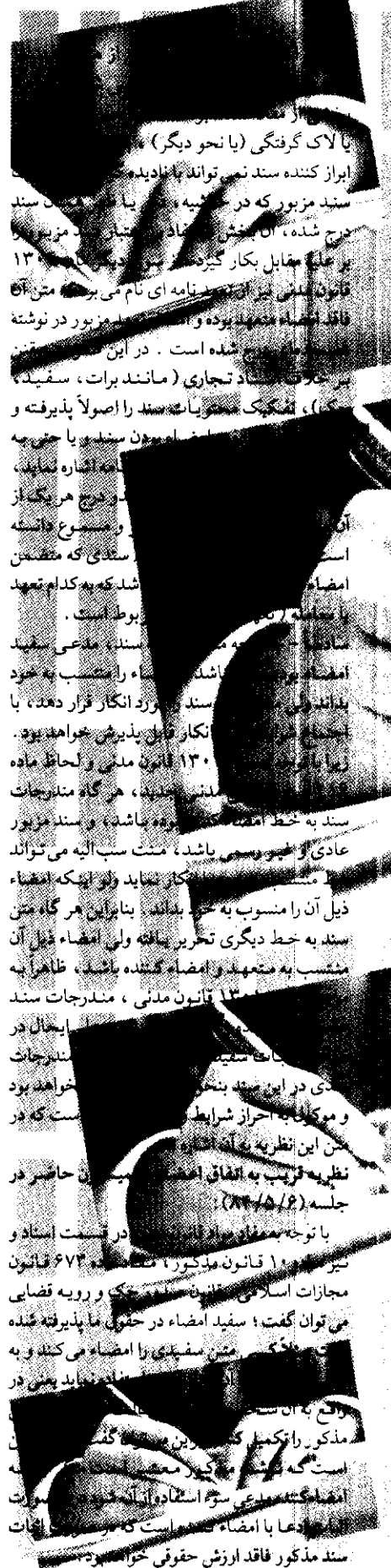
ثانیاً - از یک سو ماده ۱۳۰۱ قانون مدنی علی الاطلاق اعلام داشته که امضایی که در روی نوشته یا سندی باشد، بر ضرر امضاء کننده دلیل است. بنابراین با این مستند و اماره قانونی، امضاء کننده سند در موضع مدعی علیه قرار گرفته و بار اثبات خلاف مفاد سند منتسب الیه را می باید بدوش کشد.

ثالثاً: در وضعیتی که سندی با محتویات معین و تحریر یافته و به امضاء رسیده، ابراز می گردد، مندرجات آن با لحاظ امضاء ذیل سند، بر علیه امضاء کننده دلیل است (ماده ۱۳۰۱ قانون مدنی) و بعلاوه سبق تحریر متن سند و تأخر امضاء آن را باید مفروض دانست. بنابراین با ابراز سندی که مندرجات آن تنظیم شده و به امضاء منتسب الیه رسیده، نمی توان به سادگی و به صرف ادعای سفید امضاء بودن، از تعهدات موضوع سند، شانه خالی کرد. لهدا بار اثبات سفید امضاء بودن سند بر دوش امضاء کننده است و امضاء کننده باید ثابت کند که سند مزبور قبل از تحریر متن، امضاء شده و فی الواقع بطور سفید، امضاء گشته است. چنانچه منتسب الیه سند بتواند، سفید امضاء بودن سند را به اثبات برساند، بار اثبات را برعهده طرف مقابل (یعنی

دارنده سند یا ذینفع) خواهد گذاشت. در این صورت ذینفع یا دارنده سند می باید ثابت کند که متن سند با اذن و در محدوده اجازه صاحب امضاء یا حدود وکالت و نیابت مأخوذ، تحریر یافته است. بدین ترتیب هر گاه سفید امضاء بودن سند ثابت گردد، از مفاد سند که بعد از امضاء در سند الحاق گردیده نمی توان بر علیه امضاء کننده استفاده و استناد نمود. بلکه دارنده سند در موضع مدعی خواهد نشست و تکلیف بر اثبات وکالت در تحریر متن و اینکه متن سند در محدوده نیابت تفویضی تنظیم شده را می باید به اثبات برساند و الا مفاد سند مزبور به نفع او بکار نخواهد آمد.

رایعاً - دارنده سند علاوه بر اثبات اصل نیابت در تحریر و تنظیم سند سفید امضاء، می باید این مسئله را که متن سند مزبور در محدوده اختیار مفوضه در نیابت و وکالت، تحریر یافته، به اثبات برساند چرا که اصولاً وکالت خلاف اصل تسلیط (الناس مسلطون علی اموالهم) است و شخصی که مدعی وکالت در تنظیم و تحریر سند سفید امضاء می گردد، تکلیف اثبات حدود دو موضوع وکالت و اینکه سند یاد شده در محدوده وکالت تنظیم گشته را بر عهده دارد. (مواد ۳۰ و ۳۱ و ۶۵۶ و ۶۶۳ و ۶۷۴ قانون مدنی). بنابراین در مواردی که سند سفید امضاء مورد الحاق مفاد و متنی می گردد که خارج از حدود اختیار بوده و یا اساساً چنین اجازه و اختیاری از سوی امضاء کننده به دارنده سند داده نشده است، موضوع می تواند مصداق عنوان جعل سند قرار گیرد (مواد ۵۲۳ و ۵۳۲ و ۵۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۵).

خامساً - مواد ۱۳۰۲، ۱۳۰۳ و ۱۳۰۴ قانون مدنی نیز از این حیث مرتبط با مندرجات و متنی است که بلحاظ ارتباط آن با امضاء مسبوق بر آن، معتبر محسوب می گردد ولو اینکه مندرجات مزبور تاریخ و امضاء نداشته باشد. فی الواقع ملاک اعتبار و صحت مندرجات و الحاقات در سند که در ذیل یا حاشیه یا ظهر سندی درج شده و حکایت از بی اعتباری و بطلان تمام یا قسمتی از مفاد سند دارد، ابراز و ارائه آن از سوی ابراز کننده و متصرف سند است. چه ماده ۱۳۰۲ قانون مدنی از عبارت «... سندی که در دست ابراز کننده بوده ...» استفاده نموده است. بنابراین هر گاه شخصی مدعی بی اعتباری بخشی از سندی باشد که از سوی طرف دیگر ابراز گردیده و خود آن را ابراز نکرده و مندرجاتی که حکایت از بطلان سند نماید در حاشیه یا ظهر آن درج نشده باشد، می باید آن را به اثبات رساند. به همین جهت نیز ماده ۱۳۰۳ قانون مدنی بطلان این مندرجات را صرفاً از سه طریق ممکن می داند: ۱ - امضاء منتسب الیه دایر بر بطلان مندرجات ۲ - قبول طرف دایر بر بطلان مندرجات ۳ - اثبات بطلان مندرجات در دادگاه. فی الواقع شخصی که سندی را ابراز می کند، می خواهد از مفاد سند بر علیه طرف مقابل استفاده و استناد جوید.



۳۴۰- آیا وارد کردن (حسب مورد صادر کردن) تجهیزات دریافت از ماهواره، مشروبات الکلی، آلات قمار و اشیاء مذکور در ماده ۶۴۰ قانون مجازات اسلامی قاچاق محسوب می شود؟

بیانی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۲۱ تهران): هدف از طرح سؤال یاد شده وجود اختلاف نظر بین همکاران محترم قضائی در دادسرا و دادگاه بوده است، بدین طریق که برخی از همکاران قضائی معتقد بودند با توجه به وجود قوانین خاص موضوع قاچاق، وارد کردن تجهیزات دریافت از ماهواره و مشروبات الکلی و آلات و ادوات قمار منتفی است. زیرا در ماده ۸ قانون ممنوعیت بکارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره و در موارد ۷۰۳ و ۷۰۷ قانون مجازات اسلامی مجازات قانونی جهت وارد کنندگان این اشیاء را تأمین کرده و این قوانین در مقابل قانون قاچاق اخیر التصویب محسوب می شوند. در مقابل عده ای دیگر از همکاران قضائی چه در دادسرای عمومی و انقلاب و چه دادگاه انقلاب معتقد هستند که چون کالای مذکور عمدتاً بصورت غیر مجاز و بنحو قاچاق وارد مملکت می شود مشمول قوانین و مقررات قاچاق است خصوصاً اینکه گمرک نسبت به تعیین جریمه و طرح شکایت هم اقدام می نماید. و همکارانی که به قاچاق بودن این کالا معتقد هستند عنوان می دارند که برای بالا بردن هزینه جرم از یکسو و وارداتی بودن آنها از خارج از کشور از سوی دیگر و فراگیر شدن آنها در سطح جامعه باید به نحو قاطع با آن برخورد نمود. با وجود

پس از بحث و تبادل نظر در جلسه همکاران محترم قضائی در دادسرای ناحیه ۲۱ که در واقع محل رسیدگی به جرائم موضوع سؤال مطروحه است که نظر اکثریت همکاران قضائی با قاچاق نبودن کالاهای مذکور با توجه به وجود قوانین خاص و صراحت قانون تعلق گرفته که نظر یاد شده هم عملاً در دادسرا جاری است. بعضی از همکاران هم معتقد بودند که کالاهای مذکور در کلیه مبادی ورودی کشور از سوی شهرستانهای مرزی قاچاق تلقی می شود زیرا قلت مجازات مورد نظر موجب شده که کالاهای مذکور به طور گسترده وارد شود و مغایرت قانونی هم ندارد.

یاوری (دادستانی کل کشور):

بعضی معتقدند صلاحیت دادگاه انقلاب انحصاری و خاص است ولی صلاحیت دادگاه عمومی عام و مطلق است و در موارد شک اصل بر صلاحیت دادگاه عمومی است. بعلاوه، با توجه به قاعده تفسیر مضیق به نفع متهم، اصل بر اعمال قانون اخف است و با این توصیف، وارد کردن مشروبات الکلی و تجهیزات دریافت از ماهواره و... قاچاق نیست و تابع قوانین خاص خود (ماده ۷۰۳ و ۶۴۰ مجازات اسلامی و قانون ممنوعیت بکارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره) می باشد و دادگاه عمومی صالح به رسیدگی است. اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه شماره ۷/۶۲۸۹ مورخ ۷۹/۶/۱۶ خود وارد کردن مشروبات الکلی از خارج را قاچاق نمی داند بلکه آنرا جرم مستقل و تابع ماده ۷۰۳ دانسته است. بعضی از شعب دیوان عالی کشور بر این عقیده اند که چون مشروب الکلی شرعاً مالیت ندارد قاچاق محسوب نمی شود و گر چه مجمع تشخیص مصلحت نظام ارزش عرفی آنرا ملاک دانسته ولی چون ماده ۷۰۳ قانون مجازات اسلامی مؤخر بر تفسیر مجمع تشخیص است بنابراین وارد کردن مشروب قاچاق محسوب نشده و تابع ماده ۷۰۳ می باشد متقابلاً عده ای دیگر را عقیده بر این است که مطابق تفسیر مجمع تشخیص مصلحت نظام مشروب الکلی دارای ارزش عرفی است پس مالیت دارد و وارد کردن آن قاچاق محسوب می شود و ماده ۷۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب مجلس شورای اسلامی ناسخ تفسیر مجمع تشخیص نیست. رأی وحدت رویه شماره ۵۹۵ مورخ ۷۲/۱۲/۹ نیز مؤید این مطلب است و بعضی از شعب دیوان کشور هم با لحاظ ارزش عرفی مشروب الکلی، وارد کردن آنرا قاچاق و رسیدگی به این جرم را در صلاحیت دادگاه انقلاب می دانند.

با توجه به مراتب فوق، عقیده اینجانب این است

سفید امضاء در حقوق ما پذیرفته شده است مثلاً کسی متن سفیدی را امضاء می کند و به دیگری می سپرد تا آن را تکمیل و استفاده نماید در واقع به آن شخص اختیار و وکالت می دهد تا متن مذکور را تکمیل کند

اینکه موضوع تا حدود زیادی روشن است و ابهامی در کار نبوده مع الذلک جهت اطلاع از نظر اداره حقوقی با طرح تقاضای اعلام نظر راجع به قاچاق بودن تجهیزات دریافت از ماهواره اگر چه اداره مذکور با تأخیر فراوان اعلام پاسخ نمود، لیکن برابر نظریه شماره

۷/۳۴۲۴ مورخ ۸۴/۵/۱۶ اعلام نموده که ممکن است از لحاظ ماهیت و تحلیل حقوقی وارد کردن تجهیزات دریافت از ماهواره را بتوان قاچاق تلقی کرد، اما بر ارتکاب چنین عملی هر عنوان جزایی که صادق باشد ماده ۸ قانون ممنوعیت بکارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره برای وارد کننده و تولید و توزیع کننده مجازات خاصی تعیین و در پایان، نتیجه مورد استعمال، مشمول قانون مارالذکر می باشد نه قانون قاچاق. البته در مکاتبات قبلی علت تأخیر پاسخ به سؤال طرح در کمیسیون قضائی اداره حقوقی عنوان گردیده است، از طرفی با مکاتبات و تماسهایی که با دادسرای رسیدگی به امور قاچاق گرفته شده است و مرجع مذکور هم تلقی تجهیزات دریافت از ماهواره را بطور خاص قاچاق نمی داند.

یا لای گرفتگی (یا نحو دیگر) ابراز کننده سند نمی تواند مانع از...
سند مزبور که در...
درج شده، آن...
بر عهده مقابل بکار...
قانون مدنی...
فایده قضایه...
در این...
بر خور...
فکتیک...
سند...
با...
سند...
باید...
نکار...
۱۳۰...
هر گاه...
سند به...
عادی و...
ذیل آن...
سند به...
منسب به...
مندرجات...
در این...
و موکل...
من این...
نظریه...
جلسه...
با توجه...
نیز...
مجازات...
می توان...
ت...
واقع به...
مذکور...
است که...
اندر...
ت...
سند...
خواهد...

که مشروب الکلی و سایر اشیاء مذکور در سؤال ، دارای ارزش عرفی است و وارد کردن آن قاچاق محسوب و رسیدگی به موضوع در صلاحیت دادگاه انقلاب است و در مقام جمع بین قاچاق و مواد ۷۰۳ و ۶۴۰ . . . می توان گفت وارد کردن این اشیاء از مصادیق تعدد معنوی (ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی) جرم بوده و مجازات اشد که همان قاچاق است اعمال خواهد شد .

منصوری (دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب) :
نظر به اینکه قانونگذار برای هر یک از اعمال مذکور به صورت جداگانه و موردی وضع مجازات نموده است بنابراین مقررات مذکور نسبت به مقررات کلی مربوط به قاچاق خاص محسوب می گردد و در چنین مواردی می بایست قانون خاص اجرا شود بر این اساس مرتکبان اعمال مذکور می باید بر اساس قانون خاص محکوم گردند و موضوع تحت عنوان قاچاق قابل بحث نیست .

ذاقلی (مجمع قضایی شهید محلاتی) :

نظر اکثریت همکاران محترم این مجتمع مبنی بر این است که نظر به اینکه قاچاق دو وجه دارد یکی صادر کردن و یکی وارد کردن کالاها می که (طبق نص ماده یک قانون مجازات مرتکبین قاچاق) موضوع درآمد دولت است ، وارد کردن تمامی اشیاء مذکور در سؤال به صراحت مواد ۷۰۳ قانون مجازات اسلامی (وارد کردن مشروبات الکلی) و ماده ۷۰۷ همان قانون (وارد کردن آلات قمار) ، ماده ۸ قانون ممنوعیت بکارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره و بند ۲ ماده ۶۴۰ قانون مجازات اسلامی (در مورد وارد کردن اجناس موضوع آن ماده) به طور اخص مشمول حکم قانونگذار قرار گرفته و جرم علیحده ای می باشند که نظر به مؤخر

التصویب بودن همه مواد نسبت به ماده یک قانون مجازات مرتکبین قاچاق حکماً از شمول اطلاق ماده اخیر خارج و تحت عنوان جرم خاص خود قابل تعقیب هستند اما در مورد وجه دیگر قاچاق کالا که خارج کردن کالا از داخل به خارج می باشد لازم به

توضیح است که در امور کیفری هر یک از مواد قانون مجازات حامل و در حقیقت حافظ یکی از ارزشهای مورد حمایت قانون است . در بحث قاچاق کالا نیز وجه غالب ارزش مورد حمایت ، حفظ اقتدار اقتصادی دولت و جلوگیری از لطمه خوردن به دولت در اثر از دست دادن عوارض گمرکی مربوط به صدور کالا به خارج است بنابراین از اشیاء مندرج در فرض سؤال آلات قمار و اشیاء مندرج در ماده ۶۴۰ قانون مجازات اسلامی با توجه به اینکه از نظر شرعی و قانون داخلی و حتی اسناد بین المللی ، انتشار ، حمل و توزیع بعضی از آن اشیاء مثل صورقبیحه جرم

شناخته شده است بنابراین نمی توانند به عنوان کالاها موضوع در آمد دولت مطرح باشند تا خروج غیر قانونی آنها موجب لطمه به ارزش مورد حمایت قانون قاچاق باشد لذا خروج آنها از کشور نمی تواند مشمول حکم قاچاق کالا باشد بلکه فقط حمل و نقل آنها تا مرز می تواند تحت عنوان حمل آن اشیاء جرم باشد کما اینکه مواد ۷۰۶ و ۶۴۰ قانون مجازات اسلامی این عمل را جرم خاصی قلمداد کرده است و صدور کالاها مشمول ماده ۶۴۰ نیز صراحتاً جرم خاص قلمداد شده است در خصوص صادرات تجهیزات دریافت از ماهواره با توجه به اینکه طبق قانون ممنوعیت بکارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره ممنوعیت استفاده نسبی است ، یعنی فقط نسبت به اشخاص عادی جرم است و دستگاههای دولتی می توانند با اخذ مجوز از آنها استفاده نمایند بنابراین چون فرض استفاده قانونی هم از آنها وجود دارد و از طرفی طبق مقررات بین المللی نیز ممنوعیت برای خرید و فروش آن در سطح بین المللی وجود ندارد و دولت می تواند مبادرت به این کار نماید این تجهیزات می توانند از سوی دولت صادر و موجب کسب درآمد باشند لذا صدور بدون مجوز آنها تحت شمول حکم ماده یک قانون مجازات مرتکبین قاچاق بوده و قاچاق محسوب می شود . اما مشروبات الکلی اگر چه نمی تواند کالای موضوع در آمد دولت باشد و از این حیث همانگونه که نظریه مشورنی شماره ۷/۷۳۵۳-۷/۱۲/۲۳ می گوید مشمول قوانین گمرکی نیست اما نظر به رأی وحدت رویه شماره ۵۹۵-۷۳/۱۲/۹-۹ که صراحتاً صدور مشروبات الکلی را قاچاق قلمداد کرده است نص مخالفی نیز در زمینه صادر کردن آن وجود ندارد فلذا مشمول حکم قاچاق است .

بعضی معتقدند
صلاحیت دادگاه انقلاب
انحصاری و خاص است
ولی صلاحیت دادگاه عمومی
عام و مطلق است و در موارد شک
اصل بر صلاحیت دادگاه عمومی
است

شجاعی (دادگستری شهریار) :
بدنوا باید بیان داشت نمره بحث راجع به سوال از دو جهت مورد توجه است ۱- مرجع صالح در جهت رسیدگی به جرائم مذکور ۲- قانون حاکم جهت تعیین مجازات . همانطور

که در بند ۵ ماده ۵ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب به صراحت ذکر شده چنانچه اعمال ارتكابی در فرض سؤال را قاچاق بدانیم مرجع صالح به رسیدگی دادگاه انقلاب اسلامی خواهد بود در غیر اینصورت محاکم عمومی جزایی صالح به رسیدگی می باشند حال با ذکر مقدمه مذکور باید ذکر کرد که در جهت پاسخ دادن به سؤال می بایست بدنوا تعریف قاچاق را در مقررات مختلف جستجو نمود که عبارتند از ۱- وارد و خارج کردن اموال ممنوعه ۲- وارد و خارج کردن اموال بدون پرداخت حقوق گمرکی و عوارض مربوطه ۳- حمل و نقل و انتقال اموال

ممنوع الورد و ممنوع الخروج و اموالی که به بر خلاف مقررات گمرکی بدون پرداخت حقوق گمرکی و عوارضی به قصد تجارت و فروش صورت می پذیرد ۴- تولید یا عرضه برخی از اموال احصاء شده بدون پرداخت مالیات اکنون که مشخص شده چه موضوعاتی تحت عنوان قاچاق قابل طرح می باشد باید عنوان کرد که کلیه موارد مذکور که در فرض سوال به عنوان قاچاق محسوب می شود و بلحاظ قاچاق محسوب شدن مرجع صالح به رسیدگی جرائم معنونه دادگاه انقلاب اسلامی خواهد بود و از جهت تعیین قانون حاکم جهت مجازات با توجه به اینکه در قوانین و مقررات گاه با ذکر کلمه قاچاق و در مواردی بدون ذکر کلمه مذکور ، موارد مشمول تعریف قاچاق را احصاء و آنرا جرم تلقی و مجازات برای آنها تعیین کرد . که به عنوان آخرین اراده قانونگذار جهت مجازات متهم باید به آن توجه کرد و صرف اینکه موارد مشمول تعریف قاچاق در مقررات پراکنده از جمله قانون مجازات اسلامی آورده شده موجب خروج آن اعمال از تعریف قاچاق نمی گردد .

حسن زاده (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۶ تهران) :

با توجه به تعیین مصادیق و موارد قاچاق در قانون مجازات مرتکبین قاچاق مصوب ۱۳۱۲ و اصلاحیه های بعدی (کالاها ممنوع الورد - ممنوع الصدور . . .) ، تفسیر مجمع تشخیص مصلحت نظام از ماده ۲ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی مبنی بر اینکه کالاها می نیز که دارای حرمت شرعی باشند مشمول قاچاق هستند ، رأی وحدت رویه شماره ۵۹۵ هیأت عمومی دیوانعالی کشور مصوب ۱۳۷۳ و رویه قضایی دادگاههای انقلاب اسلامی ورود و حسب مورد خروج کالاها مندرج در فرض سؤال که معمولاً به صورت عمده هم صورت می پذیرد قاچاق محسوب می گردند که از این لحاظ رسیدگی به این جرائم در صلاحیت دادگاه انقلاب اسلامی است ولی تعیین مجازات آنها صرفاً بر اساس مواد مخصوصه و معینه مندرج در قانون مجازات اسلامی (۷۰۳ و . . .) و قانون ممنوعیت به کارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره صورت خواهد پذیرفت .

میری (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۴ تهران) :
اکثریت همکاران قضایی به استناد اینکه موارد مذکور در سوال دارای قانون خاص و مجازات تعیین شده می باشند ، قاچاق محسوب نمی شوند و همچنین از جهت اینکه این گونه موارد دارای مشروعیت معامله نمی باشد لذا قاچاق محسوب نمی شود و یک نظر اقلیت نیز وجود داشت که قائل به تفکیک بوده یعنی چنانچه موارد مذکور به نوعی دارای ارزش معاملاتی باشد مثل ظروف حاوی مشروبات و وسایلی که برای حمل استفاده می شود در موضوع باید قائل به قاچاق بود .
صدیقی (مستشار دادگاه تجدیدنظر) :
با توجه به ماده ۱ اصلاحی قانون مجازات مرتکبین

اکثریت: وارد کردن یا صادر کردن اقلام موضوع سوال قاچاق محسوب نمی شود زیرا قانونگذار برای هر یک از اعمال مذکور بنحو جداگانه و موردی مجازات تعیین نموده که این مقررات مؤخر بر قانون مجازات مرتکبین قاچاق می باشد بنابراین در صورت وقوع جرمی در رابطه با موضوع سوال دادسرای عمومی و انقلاب و محاکم عمومی (جزائی) صالح به رسیدگی خواهند بود. نظریه شماره ۶۲۸۹-

۷/۶/۷۹ اداره حقوقی،

تفسیر مضیق به نفع متهم و نظر تعدادی از شعب دیوانعالی کشور مبنی بر اینکه مشروب شرعاً مالیت ندارد و قاچاق محسوب نمی شود مؤید همین مطلب است ضمن اینکه رأی وحدت رویه شماره ۵۹۵- مصوب ۱۳۷۳ با

تصویب ماده ۷۰۳ قانون

مجازات اسلامی ۱۳۷۵ نسخ گردیده است.

اقلیت: مشروب الکلی و سایر اشیاء مذکور در سوال با توجه به تفسیر مجمع تشخیص مصلحت نظام مبنی بر اینکه مشروب الکلی دارای ارزش عرفی می باشد و اینکه بعضی از شعب دیوانعالی کشور هم بر همین عقیده هستند و رأی وحدت رویه شماره ۵۹۵- ۱۳۷۳/۱۲/۹ نیز مؤید همین نظر است در نتیجه اشیاء مذکور دارای ارزش عرفی بوده و مالیت دارند بنابراین وارد کردن یا صادر کردن آنها قاچاق محسوب و رسیدگی به این جرائم در صلاحیت دادگاه انقلاب اسلامی می باشد.

۳۴۱- تکلیف متهمانی که مثلاً به شش ماه حبس غیر قطعی محکوم شده اند و در زندان بسر می برند و نسبت به حکم مذکور تقاضای تجدیدنظر نموده اند که در جریان رسیدگی است در این بین مدت محکومیت آنها به اتمام رسیده چیست؟

پاوری (دادستانی کل کشور):

مطابق تبصره ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی، مدت بازداشت قبلی از میزان محکومیت کسر خواهد شد و بند ط ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مقرر داشته «... به هر حال مدت بازداشت متهم نباید از حداقل مجازات حبس مقرر در قانون برای آن جرم تجاوز نماید». به موجب ماده ۲۱۳ ق. آ. د. ک چنانچه رأی دادگاه بر براءت متهم باشد در صورت بازداشت وی فوراً آزاد خواهد شد (ولو اینکه احتمال نقض رأی در تجدیدنظر هست). با استفاده از مقررات فوق خصوصاً وحدت ملاک ماده ۲۱۳ ق. آ. د. ک هر چند احتمال نقض رأی در مرجع تجدیدنظر وجود داشته باشد، بعقیده اینجانب چنین منتهمی باید آزاد شود و مرجع آزادی وی همان مرجعی است که پرونده نزد او موجود یا مطرح است (حسب مورد مرجع بدوی یا تجدیدنظر).

الورود یا ممنوع الصدور را تعریف نموده که متعاقباً به موجب قانون تفسیر قسمت دوم ماده ۴۵ قانون یاد شده مصوب ۱۳۱۴/۱۲/۲۷ و همچنین رأی وحدت رویه شماره ۳۰۶۷ مورخ ۱۳۳۹/۷/۱۳ مورد تفسیر قرار می گیرد. مضافاً اینکه ماده ۵۶۱ قانون مجازات اسلامی نیز هر گونه اقدام به خارج کردن اموال تاریخی فرهنگی از کشور را ولو اینکه به خارج کردن آن نیانجامد، قاچاق محسوب و مرتکب

را مستوجب مجازات مقرر دانسته است.

قاچاق

دو وجه دارد

یکی صادر کردن و یکی

وارد کردن کالاهایی که طبق

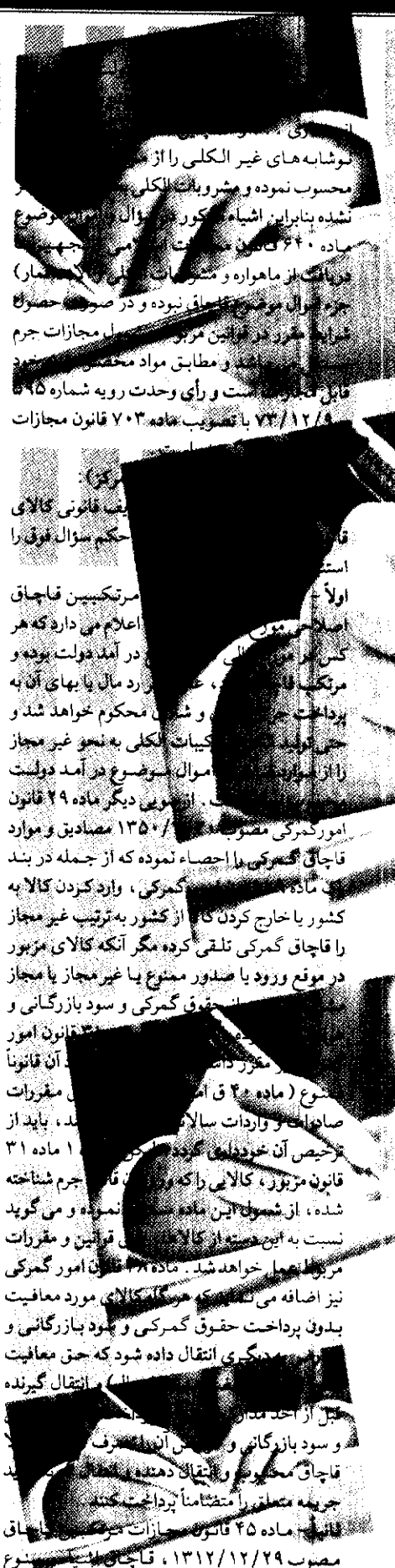
نص ماده یک قانون مجازات

مرتکبین قاچاق

موضوع درآمد دولت است

و سود بازرگانی و عوارض و مالیات، موضوع درآمد دولت هستند. که بنظر می رسد ملاک اخیر بیشتر با مفهوم و مقصود عبارت فوق تناسب دارد. از طرفی دیگر به موجب ماده واحده تفسیر ماده ۲ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۸۱/۸/۱۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام در مواردی که کالای قاچاق فاقد مالیت و ارزش شرعی باشد، مالیت و ارزش عرفی آن ملاک ارزیابی است. رأی وحدت رویه شماره ۵۹۵ مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۹ نیز تعیین کیفر و از جمله جریمه را نسبت به تولید و ورود یا صدور مشروبات الکلی که طبق ماده ۱ قانون مجازات مرتکبین قاچاق ممنوع اعلام گشته، جایز دانسته است. در هر حال بنظر می رسد با توجه به متن ماده ۱ قانون مجازات مرتکبین قاچاق مصوب ۱۳۷۳/۱۱/۹ و تبصره ۱ آن و همچنین ماده ۵ قانون یاد شده و مواد ۲۹ و ۳۰ و ۳۱ و ۳۸ و ۴۰ قانون امور گمرکی مصوب ۱۳۵۰/۳/۳۰ خواه کالای مزبور موضوع درآمد دولت باشد یا ممنوع الورد و ممنوع الصدور و یا دارای وصف مجرمانه، ورود آن به کشور یا خروج از کشور، کالای قاچاق تلقی خواهد شد.

بنابراین از آنجا که ورود تجهیزات دریافت ماهواره به موجب مواد ۱ و ۳ قانون ممنوعیت بکارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره مصوب ۱۳۷۳/۱۱/۲۳، ورود مشروبات الکلی مطابق ماده ۷۰۳ قانون مجازات اسلامی و ورود اشیاء مذکور در ماده ۶۴۰ قانون اخیر الذکر، بلحاظ ممنوعیت ورود و توصیف مجرمانه آن، قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۷۴/۲/۱۲ و قانون مجازات مرتکبین قاچاق، مشمول عنوان قاچاق تلقی شده و در صلاحیت رسیدگی دادگاههای انقلاب قرار دارد. رأی اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۴/۶/۳)



شجاعی (دادگستری شهپاری) :

آزادی متهم متعاقب طی شدن حبس موضوع حکم قبل از رسیدگی دادگاه تجدیدنظر با توجه به اعتراض نسبت به رأی و مطروح بودن پرونده در دادگاه تجدیدنظر به مفهوم اجرای حکم می باشد و این در حالیست که به موجب قانون اجرای احکام محاکم اعم از حقوقی و کیفری منوط به قطعیت آن است و در فرض سؤال حبس موضوع حکم هنوز قطعیت نیافته و آزادی متهم در چنین فرضی بر خلاف قواعد حقوقی است لکن با توجه به سیاست کیفری اتخاذی در وضعیت فعلی دستگاه قضایی عده ای بر این عقیده اند که در مورد سوال می بایست متهم بلا قید آزاد شود و پرونده در هر مرجعی که در حال رسیدگی است همان مرجع دستور آزادی وی را در فرض سوال خواهد داد و ادامه بازداشت متهم را بر خلاف عدالت کیفری می دانند کما اینکه بخشنامه ریاست محترم قوه قضائیه شماره ۱۴۹۴۶/۱/۸۳ - ۸۳/۱۱/۱۹ - موبد نظر اخیر است .

شاه حسینی (دادگستری ورامین) :

با توجه به اینکه وفق تبصره ماده (۱۸) قانون مجازات اسلامی و رأی وحدت رویه ۶۵۴ - ۸۰/۷/۱۰ دیوان کشور ، مدت بازداشت قبلی متهم در خصوص میزان محکومیت قابل محاسبه می باشد و با توجه به اینکه مطابق ماده (۲۵۸) قانون آ. د. د. ع. ا. در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ دادگاه تجدیدنظر نمی تواند مجازات را تشدید نماید و مطابق بخش اخیر بند (ط) ماده (۳) قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ ، و ماده (۳۵) قانون آ. د. د. ک. مصوب ۱۳۷۸ ، مدت بازداشت نباید بیش از میزان حداقل مجازات قانونی باشد، بنابراین در پاسخ به سؤال باید گفت متهم در فرض سوال باید پس از گذشت شش ماه، از سوی دادگاهی که پرونده را در اختیار دارد (بدوی - تجدیدنظر) آزاد شود .

رفیعی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۵ تهران) :
قانونگذار در قسمت اخیر در بند ط ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل

دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ و ماده ۳۵ قانون آیین دادرسی در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ بازداشت متهم بلحاظ صدور قرار تأیینی (اعم از قرارهای بازداشت موقت، وثیقه و کفالت) بیش از حداقل مجازات حبس مقرر در قانون برای جرم مطروحه را منع نموده است و نیز به موجب تبصره ۳ ماده ۲۲ قانون صدر الذکر دادگاه تجدیدنظر از تشدید مجازات حکم بدوی در غیر موارد اعتراض دادستان یا شاکی خصوصی منع شده است بنابراین و با توجه به اینکه وفق تبصره ماده ۲۹۵ قانون آیین

دادرسی در امور کیفری بر فرض قطعیت حکم محکومیت نیز ایام بازداشت قبلی از مقدار حبس قطعی کسر خواهد شد و مادام که حکم محکومیت قطعی صادر نشده باشد به موجب اصل ۳۷ قانون اساسی اصل برائت، حاکم می باشد لذا هر مرجع قضایی که پرونده حسب مورد نزد وی مطرح است باید با توجه به انقضای مدت بازداشت نسبت به مجازات حبس غیر قطعی تعیین شده، بلافاصله با فک قرار تأمین، نسبت به صدور دستور آزادی متهم (محکوم علیه غیر قطعی) اقدام نماید .
صدقی (مستشار دادگاه تجدیدنظر) :

نظر به اینکه در فرض سؤال، تجدیدنظر خواه محکوم علیه است و مطابق ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاهها در امور کیفری، دادگاه تجدیدنظر نمی تواند مجازات تعزیری مقرر در حکم بدوی را تشدید نماید و ... و اصل بر قطعیت احکام می باشد و صرف تجدید نظر خواهی نمی تواند مجوزی برای ادامه بازداشت محکوم علیه برای بیش از مدت محکومیت (غیر قطعی) باشد . و مضافاً اینکه وقتی متهمی مطابق بند (ل) ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۸۲ به محض صدور قرار منع یا موقوفی تعقیب، بلافاصله آزاد می شود (ولو اینکه قرار غیر قطعی باشد و شاکی اعتراض نماید) به طریق اولی در فرض سؤال پس از انقضای مدت ۶ ماه تحمل محکومیت حبس (ولو غیر قطعی) محکوم علیه بایستی آزاد شود .

میری (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۴ تهران) :
اکثریت همکاران قضایی نظر دارند که پرونده در هر مرحله ای باشد چه در دادگاه بدوی یا دادگاه تجدیدنظر همان دادگاه باید نسبت به آزادی متهم اقدام نماید چون در فرض سوال فقط حبس ذکر شده

لیکن چنانچه موضوع محکومیت مجازاتهای دیگر همراه حبس باشد باید تأمل کرد و قائل به تفکیک شد .

منصوری (دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب) :
اولاً : موضوع در موردی که حداقل مجازات مقرر در قانون نسبت به عمل ارتكابی شش ماه حبس یا کمتر باشد پاسخ روشن است زیرا به موجب قانون هر گاه متهم در طول دادرسی به میزان حداقل قانون تحمل حبس نموده باشد باید آزاد شود ثانیاً در موردی که به جهت اعمال ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی میزان حبس مقرر در حکم بدوی کمتر از حداقل قانونی باشد نیز چنانچه قایل به آزادی متهم نباشیم در صورت تأیید حکم بدوی از سوی مرجع تجدیدنظر متهم بیش از میزان مقرر در حکم بدوی که قطعی گردیده است تحمل کیفر نموده که این موضوع با اصول کیفری

این عبارت که کالای قاچاق باید موضوع درآمد دولت باشد دو مفهوم دارد: اول اینکه تولید و تصدی مربوط به کالای مزبور بعهد خود دولت است و دیگر اینکه بلحاظ تعلق حقوق گمرکی و سود بازرگانی و عوارض و مالیات، موضوع درآمد دولت هستند

سازگاری ندارد لذا به نظر می رسد در چنین مواردی متهم باید آزاد گردد زیرا در صورتی که دادگاه تجدیدنظر مجازات مندرج در حکم بدوی را تشدید نماید امکان حبس مجدد محکوم علیه وجود دارد .
ذاقلی (مجمع قضایی شهید محلاتی) :

نظر اکثریت همکاران محترم مبنی بر این است که با توجه به محتوای اصل برائت (برائت از تحمل مجازات زاید بر شش ماه حبس) و روح کلی حاکم بر قانون آیین دادرسی کیفری که در جهت تضمین هر چه بیشتر اصل مذکور و حقوق متهمان و مخصوصاً افراد بازداشت شده می باشد و نظر به اصل تفسیر به نفع متهم و به استناد فراز پایانی بند «ط» ماده ۳ قانون اصلاح موادی از قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب که لحاظ وجود این احتمال که ممکن است متهمان بازداشت شده به حداقل مجازات جرم ارتكابی محکوم شوند صراحتاً به مقامات دادرسی تکلیف نموده هیچ متهمی نباید بیش از حداقل مجازات جرمی که به خاطر آن بازداشت شده است در بازداشت بماند به طریق اولی وقتی در مرحله بدوی مدت حبس وی مشخص شد و از احتمال به یقین رسیدیم که زاید بر این مدت نخواهد بود ، متهم باید بلا قید آزاد شود . زیرا طبق مقررات موجود چنانچه شاکی یا دادستان به حکم محکومیت از حیث قلت مجازات اعتراضی نکرده باشند مرجع تجدیدنظر حق تشدید مجازات را نخواهد داشت .

محمدی (حوزه قضایی بخش گلستان) :

دادگاه تجدیدنظر با توجه به مفاد ماده ۲۵۷ از قانون آیین دادرسی کیفری دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۸ به تکلیف خود که رسیدگی به تجدیدنظر خواهی محکوم علیه نسبت به دادنامه بدوی است اقدام می نماید و حق اظهار نظر نسبت به آزادی محکوم علیه را ندارد .

نظر دوم : دادگاه تجدیدنظر در غیر موارد مندرج در تبصره ۳ و ۴ ماده ۲۲ از قانون اصلاح تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ حق تشدید مجازات محکوم علیه را ندارد لذا چنانچه موردی از موارد باشد که دادگاه تجدیدنظر پس از بررسی و تطبیق فعل انتسابی و میزان مجازات مقرر قانونی ، اشکالی بر این امر مشاهده ننماید بلحاظ این که حق تشدید مجازات محکوم علیه را با فرض اخیر الذکر ندارد بدو دستور آزادی محکوم علیه را صادر می نماید و ادامه بازداشت محکوم علیه و جاهت قانونی نداشته و بر خلاف اصول آزادیهای فردی است و از موارد بازداشت غیر قانونی محسوب می شود .

سپس نسبت به وظیفه خویش برابر مفاد ماده ۲۵۷ از قانون آیین دادرسی کیفری دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۸ که تأیید و ابرام دادنامه یا نقض آن است می پردازد .

نظر سوم : دادگاه تجدیدنظر صرف نظر از نوع جرم و تطبیق آن با میزان مجازات قانونی و اینکه آیا جرم انتسابی از مواردی است که دادگاه تجدیدنظر وفق

اظهار مطالب خلاف واقع در اظهار نامه مالیاتی عنوان خاص کیفری دارد. اظهار غیر واقع کالا در اظهارنامه گمرکی عنوان جزائی خاص دارد. ماده ۴۱ قانون گذرنامه مقرر داشته « هر کس برای تحصیل گذرنامه یا اسناد در حکم گذرنامه عالمأ و عامداً بقصد تقلب هر گونه اطلاع مربوط به خود و همراهان را که در صدور گذرنامه مؤثر است بر خلاف واقع در پرسشنامه ذکر نماید بشرط استفاده از گذرنامه به حبس جنحه ای از دو ماه تا شش ماه محکوم خواهد شد».

مطابق ماده ۵۸۶ قانون مجازات اسلامی ذکر اسم یا عنوان معقول دولتی قابل تعقیب است از طرفی در عکونی در مرجع قضائی جز در مورد شهادت کذب و گزارش خلاف واقع جرم نیست والا همه متهمینی

**به موجب قانون
هر گاه متهم در طول دادرسی
به میزان حداقل قانون
تحمل حبس نموده باشد
باید آزاد شود**

که اقرار نمی کنند بعنوان دروغگویی قابل تعقیب خواهند بود.

اصل قانونی بودن جرم و مجازات از اصول مسلم و پذیرفته شده در قانون اساسی ماست و با این توصیف، تعقیب و مجازات کیفری اشخاص مستلزم وجود نص است.

وظیفه مرجع قضائی در زمان تحقیق احراز هویت اشخاص است و اگر با اظهار شفاهی قانع نشد باید مدرک شناسایی مطالبه نماید و با این توصیف، کوتاهی مرجع قضائی در احراز هویت نباید موجبی باشد برای تعقیب اشخاص. با توجه به مراتب و دلایل فوق، عمل افرادی که هویت خود را برخلاف واقع اعلام می کنند بعنوان جرم مستقل شناخته نشده است و جز در مواردی که قانون به صراحت این عمل را جرم دانسته، در بقیه موارد از جمله در زمانی که در نزد مرجع قضائی هویت غیر واقعی اعلام می کند جرم نیست.

منصوری (دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب): تمسک به عبارت اشخاصی که در اعلام هویت بر خلاف واقع اظهار می کنند در قانون تخلفات جرائم و تخلفات مربوط به اسناد سجلی به این بیان که اطلاق دارد و شامل موردی که شخص هویت خود را برخلاف واقع اعلام کند نمی شود زیرا شمول اطلاق مستدعی مقدمات حکمت است و دو مورد از این مقدمات این است که انصراف ناشی از کثرت استعمال یا قدر متیقن در مقام مخاطب در بین نباشد حال آنکه این دو مورد حاصل است لذا عدم اعلام صحیح هویت جرم فی حد نفسه محسوب نمی شود. نظر اکثریت همکاران دادگستری اسلام شهر:

موضوع اعلامی به لحاظ فقدان عنصر قانونی جرم نیست و از شمول حکم مندرج در قانون جرایم مربوط به اسناد سجلی و... خارج است. با این استدلال که تفسیر مضیق در شبهه پیش آمده از تسری حکم به موضوع مطروحه ما را منع می کند- (اصل

امر مورد تجدیدنظرخواهی دادستان یا شاکی خصوصی قرار نگیرد، دادگاه تجدیدنظر به هیچ وجه نمی تواند میزان مجازات مقرر در حکم را تشدید نموده و به حداقل مجازات قانونی تغییر دهد.

ثالثاً- هر گاه در اثناء رسیدگی تجدیدنظر، مدت زمان بازداشت متهمی که در بازداشت موقت بسر می برد به نصاب مجازات مقرر در حکم برسد، بلافاصله می باید متهم حسب مورد با دستور صادره توسط دادگاه بدوی یا دادگاه تجدیدنظر آزاد گردد.

لیکن بنظر می رسد با ملاک مقرر در ماده ۱۸۲ آیین دادرسی کیفری جدید، چنین اختیاری بر عهده دیوانعالی کشور که رسیدگی شکلی می کند، قرار ندارد. لہذا هر گاه پرونده در دیوانعالی کشور مطرح باشد، دادگاه بدوی یا تجدیدنظر حسب مورد

(ماده ۱۲۳۳ آ. د. ک جدید) با احراز انقضای مدت حبس مقرر در حکم تجدیدنظر خواسته که بواسطه بازداشت متهم صورت گرفته، دستور آزادی متهم را صادر خواهند نمود.

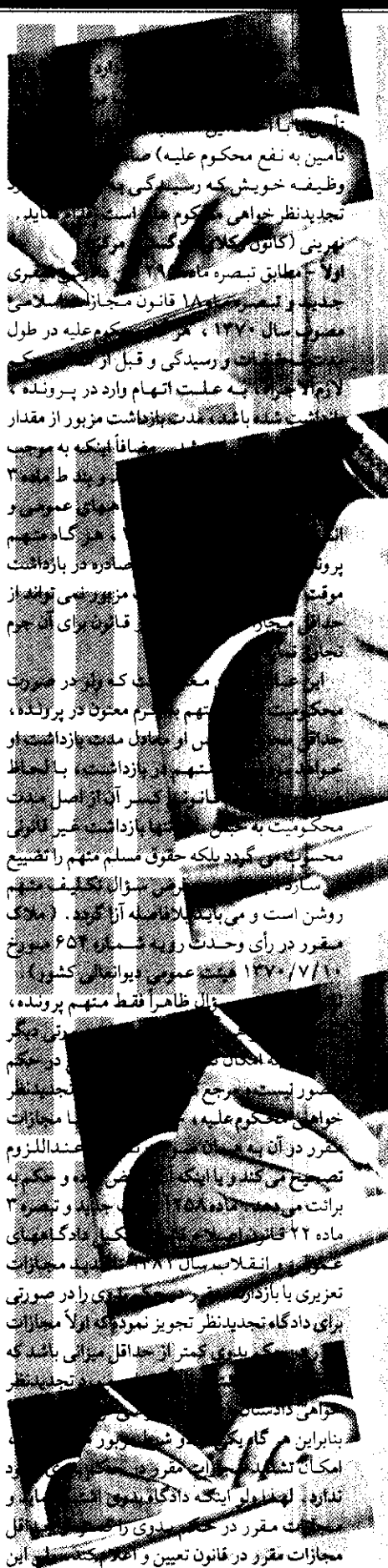
رایعاً- ماده ۲۱۳ آ. د. ک جدید مقرر می دارد اگر رأی دادگاه بدوی مبنی بر برائت متهم باشد و متهم در بازداشت بسر برد، فوراً باید آزاد گردد ولو اینکه نقض رأی برائت در دادگاه تجدیدنظر متحمل باشد. بنابراین باید گفت در جایی که متهم در بازداشت بوده و مدت بازداشت به میزان مجازات حبس مقرر در حکم برسد، به طریق اولی، متهم بلاقید آزاد گردد و در این فروض حتی نیازی به اخذ تأمین دیگری از متهم نیست.

نظر به بالاتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۴/۶/۳):

با توجه به بحث و تبادل نظر همکاران محترم و استدلال و استنادات ابرازی بشرح فوق پرونده موضوع سئوال در هر مرجعی که باشد (محکمه بدوی یا تجدیدنظر) مرجع مذکور می بایست بلحاظ زندانی دار بودن پرونده وضعیت زندانی و در فرض سئوال اتمام دوران محکومیت محکوم علیه زندانی غیر قطعی را تحت نظر داشته باشد تا به محض سپری شدن ایام محکومیت وی یا به هر نحوی که از این موضوع مطلع شود فوراً و بلاقید دستور آزادی او را صادر نماید.

۳۴۲- افرادی که هویت خود را بر خلاف واقع اعلام می کنند (خصوصاً افرادی که دارای سابقه سوء هستند) در صورت جرم بودن موضوع مشمول کدامیک از مواد قانونی خواهد بود؟
یاوری (دادستانی کل کشور):

مطابق بند الف ماده ۲ قانون تخلفات، جرائم و مجازات های مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه مصوب ۱۳۷۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام گرفتن سند سجلی با هویت غیر واقعی جرم است.



تأمین به نفع محکوم علیه) صادره و وظیفه خویش که رسیدگی به پرونده تجدیدنظر خواهی محکوم علیه نماید، زهرینی (کانون مجازات) گستره بررسی اولاً مطابق تبصره ماده ۱۸۲ آ. د. ک جدید و بضمیمه ۱۸۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰، هرگز محکوم علیه در طول بازداشت در دیوانعالی کشور و رسیدگی و قبل از رسیدگی

لامرأه قرار نگیرد و علت اتهام وارد در پرونده، بازداشت شده باشد، مدت بازداشت مزبور از مقدار مجازات محکوم علیه اضافه نمیشود. به موجب آ. د. ک جدید، هرگاه محکوم علیه در بازداشت موقت یا در بازداشت موقت باشد، مدت بازداشت مزبور از مقدار مجازات محکوم علیه اضافه نمیشود.

اینجا باید متذکر شد که در صورت محکومیت متهم به جرم معنون در پرونده، مجازات محکومیت در دیوانعالی کشور باید در محکومیت محکوم علیه در دادگاه تجدیدنظر محاسب گردد. قانونی که تسری آن از اصل مدت محکومیت به حبس مقرر در حکم تجدیدنظر غیر قانونی محسوب می گردد بلکه حقوق مسلم متهم را تضییع

سازد. از این منظر سئوال تکلیف متهم روشن است و می بایست بلافاصله آزاد گردد. (ملاک مقرر در رأی وحدت رویه شماره ۶۵۲ مورخ ۱۳۷۰/۷/۱۰ هیئت عمومی دیوانعالی کشور) سئوال ظاهراً فقط متهم پرونده،

تجدیدنظر خواهی دادستان یا شاکی خصوصی قرار نگیرد، دادگاه تجدیدنظر به هیچ وجه نمی تواند میزان مجازات مقرر در حکم را تشدید نموده و به حداقل مجازات قانونی تغییر دهد.

ثالثاً- هر گاه در اثناء رسیدگی تجدیدنظر، مدت زمان بازداشت متهمی که در بازداشت موقت بسر می برد به نصاب مجازات مقرر در حکم برسد، بلافاصله می باید متهم حسب مورد با دستور صادره توسط دادگاه بدوی یا دادگاه تجدیدنظر آزاد گردد.

قانونی بودن جرم و مجازات).

نظر اقلیت: جرم است، چرا که اعلام و اظهار هویت خلاف واقع صورت گرفته و اسناد سجلی به خاطر بیان غالب است چه اظهار هویت خلاف واقع در مراجع قضایی از گسترده ترین موارد ابتلاء به موضوع است. و مبنای قانونی قسمت الف ماده ۲ قانون مجازات و جرایم مربوط به اسناد سجلی است.

موسوی (مجمع قضایی بعثت)؛

به استناد ماده ۲ قانون مجازات اسلامی و بر اساس اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها اعلام

خلاف واقع هویت از سوی متهم در مرحله بازجویی و جریان دادرسی جرم نبوده و مستلزم مجازات نخواهد بود به عبارت دیگر از سوی قانونگذار این اقدام جرم انگاری نشده است. برخی همکاران قضایی به استناد بند الف ماده ۲۰ قانون

تخلفات، جرائم و مجازاتهای مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه مصوب ۱۳۷۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام که مقرر می دارد: « اشخاص زیر به حبس از ۹۱ روز تا یکسال و یا به پرداخت جزای نقدی از ۲۰۰ هزار تا یک میلیون ریال و یا به هر دو مجازات محکوم می شوند:

الف) اشخاصی که در اعلام ولادت یا وفات یا هویت بر خلاف واقع اظهار می نمایند... » معتقدند موضوع معنونه جرم بوده و مشمول مجازات ماده قانونی مرقوم می باشد حال آنکه این تلقی صحیح نمی باشد زیرا:

اولاً بند (الف) ماده ۲ قانون مرقوم به اعلام خلاف واقع هویت در مرجع ثبت احوال است و عنوان قانون نیز ناظر به این امر است در بند الف سه موضوع اعلام خلاف واقع ولادت، وفات و هویت ذکر شده است منطقی و متصور نیست که در مورد وفات متهم در مرحله بازجویی یا مراحل دادرسی دروغی عنوان کند همینطور در بند (د) همین ماده نیز قریب به این برداشت عنوان شده: اشخاصی که در مورد ولادت یا وفات شهادت دروغ بدهند و شهادت آنان در تنظیم دفتر ثبت کل وقایع و یا وفات موثر واقع شود که این حکم خود گویای وقوع جرایم مذکور در این قانون پیرامون تحصیل اسناد سجلی و شناسنامه می باشد.

ثانیاً منطقی نیست قانونگذار یک امر مربوط به آئین دادرسی را در قوانین و مقررات مربوط به ثبت احوال توصیف کیفری نماید بطوری که در مورد شهادت دروغ در خود قانون مجازات اسلامی و در ماده ۶۵۰ جرم انگاری و وضع حکم نمود و ثالثاً: متهم برای عدم تحمل مجازات و یا تحصیل برائت می تواند به هر روشی متوسل شود از جمله دفاعیات دروغ مطرح نماید اگر قرار باشد برای اعلام دروغین هویت قائل به مجازات باشیم بایستی برای دفاعیات دروغین هم

قائل به مجازات باشیم چرا که ماهیت و نفس هر دو عمل دروغ و خلاف موازین اخلاقی و شرعی است در همین راستا اگر متهم از دست مأمور مراقب فرار کند ولو آنکه متهم مجلوب باشد قانونگذار برای مأمور وضع مجازات نموده اما متهم بابت فرار مشمول مجازات نخواهد بود. فقط زمانی اقدامات متهم به منظور عدم تحمل کیفر مجازات خواهد داشت که نص صریح قانونی در مجرمانه بودن آن وجود داشته باشد.

اگر مرادش بر مجرمانه بودن موضوع مانحن فیه بود شبیه مثال مذکور در قانون مجازات اسلامی برای آن تعیین تکلیف می نمود.

رابعاً مواد ۱۷ و ۱۸ قانون مرقوم ناظر بر همکاری مأمورین ثبت احوال در وقوع جرائم مذکور در این قانون و نیز تکلیف ایشان به انعکاس مراتب اطلاع از وقوع این جرائم به روسای واحدهای تابعه ثبت احوال می باشد و این بهترین قرینه بر ارتباط مقررات جزائی این قانون با اظهار خلاف واقع در خصوص ولادت، وفات، هویت در مرجع ثبت احوال می باشد. برای مثال چگونه قابل تصور است که مأمور ثبت احوال در مورد اعلام خلاف واقع هویت از سوی متهم در مرجع کیفری همکاری نموده یا از آن اطلاع یافته و به اداره متبوع منعکس نماید؟! بنا بر مراتب اقدام مذکور منطبق با ماده ۲ قانون مرقوم و نیز ماده ۴۱ قانون گذرنامه و بند الف ماده ۴۹ قانون ثبت احوال نمی باشد و در صورت مواجه شدن با آن بلحاظ فقد نص جزائی و بر اساس ماده ۲ قانون مجازات اسلامی نمی توانیم به آن وصف کیفری داده و برای متهم قائل به مجازات شویم.

مؤمنی (شورای حل اختلاف): نظریه اکثریت: اگر چه اعلام هویت خلاف واقع به موجب برخی قوانین خاص از جمله مواد ۴۸ و ۴۹ قانون ثبت احوال و نیز بند الف ماده ۲ قانون تخلفات و مجازات مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه و مادتهای ۹ و ۱۱ همین قانون ماده ۴۱ قانون گذرنامه و ماده ۸۴ قانون جرایم نیروی های مسلح و بند ۲ ماده ۱۵ اصلاحی قانون راجع به اقامت اتباع خارجه در ایران جرم تلقی شده است، ولی در سایر موارد نیاز به نص قانونی داریم و چنانچه نصی وجود نداشته باشد، با توجه به اصول (قانونی بودن جرایم و مجازاتها) و (برائت) نمی توانیم معرفی نام غیر واقعی را که بسیار اتفاق می افتد نزد اشخاص حقیقی (با نام مستعار) یا اشخاص حقوقی غیر رسمی و غیر دولتی (نظیر آژانس مسافری) مطرح و رایج می باشد، جرم انگاریم. اگر چه لازم است باز پرس یا دادگاه در مقام تفهیم ماده ۱۲۹ ق. آ. د. ک به طرق مقتضی هویت واقعی متهم را احراز نماید.

درغگوئی در مرجع قضائی جز در مورد شهادت کذب و گزارش خلاف واقع جرم نیست والا همه متهمینی که اقرار نمی کنند بعنوان دروغگویی قابل تعقیب خواهند بود

نظر اقلیت: با توجه به این که به هر حال شناسنامه سند هویت ملی فرد است تخلفات مربوط به هویت را هم قانونگذار مجبور بوده که در قوانین خاص مربوط به اسناد سجلی بیاورد و در هر حال اعلام هویت خلاف واقع نزد مقامات رسمی و مراجع دولتی، اگر با سوء نیت و انگیزه مجرمانه باشد (عنصر روانی جرم) قابل تعقیب و مجازات بر اساس مواد یاد شده می باشد.

سهرابی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۸ تهران):

با عنایت به اینکه مقنن صرفاً به صورت اختصاصی در بعضی از موارد مانند بند الف ماده ۲ قانون تخلفات جزائی و مجازات های مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه مصوب ۷۰/۵/۱۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام، موضوع مذکور را جرم تلقی و قابل تعقیب جزائی دانسته و یا در محبت مربوط به تقلب در امتحانات کنکور نیز تلویحاً اشاره ای به این موضوع شده که همگی آنان به صورت مقررات خاص و به لحاظ اهمیت جایگاه بودند و به صورت عمومی مقنن در مورد اینگونه افراد قائل به تعقیب و مجازات نشده و قضات محترم یا همکاران اداری باید دقت کافی در ثبت هویت افراد نمایند تا ایرادی حاصل نشود در این مورد توسط همکاران محترم نظر خلافی ارائه نشد.

صدیقی (مستشار دادگاه تجدیدنظر):

با توجه به اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها اعلام هویت غیر واقعی توسط متهمین ولو اینکه سوء سابقه داشته باشند دارای وصف کیفری نیست مضافاً اینکه وجود عنصر قانونی برای جرم قلمداد کردن عملی از عناصر و ارکان اصلی مجرمانه بودن آن عمل است. بنابراین پاسخ منفی است و اصولاً طرح سؤال به شکل مرقوم اشتباه است.

ذاقلی (مجمع قضایی شهید محلاتی):

در این خصوص دو فرض قابل تصور است ۱- شخص جهت اعلام هویت خود بر خلاف واقع از شناسنامه معمول یا متعلق به غیر یا سند معمول دیگری استفاده می کند که در این فرض قطعاً تحت عنوان اتهامی استفاده از سند معمول یا استفاده از شناسنامه غیر وفق مقررات مربوطه قابل تعقیب است ۲- به صورت شفاهی و در پاسخ استعمال از وی هویت خود را من غیر واقع اعلام می کند که در این فرض با توجه به صراحت بند الف ماده ۴۹ قانون ثبت احوال و بند الف ماده ۲ قانون تخلفات، جرائم و مجازاتهای مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه که اشخاصی که در اعلام ولادت یا وفات یا هویت بر خلاف واقع، اظهار می نمایند را مستحق مجازات دانسته است. اکثر همکاران محترم معتقد هستند چنانچه اظهار هویت برخلاف واقع در رابطه با موضوعات مربوط به اسناد سجلی و طبیعتاً در چارچوب وظایف ادارات ثبت احوال باشد به شرح فوق جرم و قابل مجازات است اما خارج از محدوده فوق و مثلاً اظهار خلاف واقع در محاکم جرم نمی باشد زیرا مقررات فوق الذکر

می دانست که از جمله اشخاصی که در اعلام ولادت یا وفات یا هویت بر خلاف واقع اظهاری نمایند. متعاقباً ماده ۲ تخلفات، جرائم و مجازاتهای مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه مصوب ۱۳۷۰/۵/۱۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام با بکار بردن همان عبارت (بند الف ماده ۲ - اشخاصی که در اعلام ولادت یا وفات یا هویت بر خلاف واقع اظهاری نمایند.) بر وصف مجرمانه اعمال مزبور مهر تأیید زده لیکن مجازات مقرر را به حبس از ۹۱ روز تا یک سال و یا به پرداخت جزای نقدی از ۲۰ هزار ریال تا یک میلیون ریال و یا به هر دو مجازات تغییر داده است.

بدیهی است در بسیاری از ادارات دولتی و عمومی و بویژه در مراجع قضایی می توان از ارتکاب این عمل جلوگیری نموده و متصدیان و مسئولین و قضات مربوطه می توانند با الزام طرف به ارائه سند سجلی یا کارت شناسایی و سایر مدارک قانونی مربوط به اعلام هویت مانند پاسپورت و گواهینامه، هویت حقیقی طرف را شناسایی نموده و صرفاً به اعلام هویت خود شخص اکتفا نکنند.

ولی در هر حال و به هر دلیلی اگر این اقدام پیشگیرانه نیز معمول نگردد، بنظر می رسد با توجه به نص صریح قوانین موصوف و اطلاق آن اعلام هویت به خلاف واقع، دارای وصف مجرمانه باشد. بند الف ماده ۲ قانون تخلفات، جرائم و مجازاتهای مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه مصوب سال ۱۳۷۰ از این جهت اطلاق دارد.

زیرا با تخریب عبارت قانونی مذکور و لحاظ تعاقب و تعاطف کلمات بکار رفته در بند الف ماده ۲ قانون یاد شده، این جمله از آن استخراج می شود: (اشخاصی که در اعلام... هویت بر خلاف واقع

اظهار نمایند) کاملاً روشن است که عبارت مزبور با اطلاق آن، موضوع مورد سؤال را در بر خواهد گرفت و به عمل اشخاصی که هویت خود را بر خلاف واقع اعلام می نمایند، وصف مجرمانه می بخشد. بعلاوه اختیار نمودن اسم و یا عنوان معمول به منظور بردن مال دیگری نیز

مشمول تعریف کلاهبرداری موضوع ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷/۹/۱۵ می باشد.

البته ممکن است اشکال شود که قانون تخلفات مربوط به اسناد سجلی سال ۱۳۷۰ هم از حیث عنوان و هم از جهت عبارات مندرج در مواد آن، عمدتاً، ناظر بر اسناد سجلی و شناسنامه و سو استفاده از آن اسناد می باشد. لیکن باید توجه داشت تمامی جرائم و تخلفات مندرج در قانون یاد شده، عمدتاً به اعلام هویت برخلاف واقع برمی گردد. با

این تفاوت که در بعضی از مواد قانون، این جرم با سو استفاده از شناسنامه دیگری یا جعل شناسنامه ارتکاب می یابد و در بخشی دیگر عمل مجرمانه مزبور بدون استفاده از شناسنامه دیگری و به صرف اعلام هویت بر خلاف واقع صورت می گیرد. در هر حال هر یک از این اقدامات به جرم اعلام هویت بر خلاف واقع مربوط می گردد. مضافاً اینکه در توصیف قانونی اعمال مجرمانه، ملاک عمل می باید منطوق قانون صرفنظر از عنوان آن باشد مگر اینکه قرینه یا قرآنی در متن مستند قانونی وجود داشته باشد که به لحاظ قرینه یا قرائن مزبور بتوان از اطلاق آن دست کشید.

نظریه قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۴/۷۷):

اعلام هویت خلاف واقع صرفاً به موجب برخی قوانین خاص که در ما نحن فیه مشروحاً مورد بحث و تبادل نظر قرار گرفت جرم تلقی شده اما در خصوص مورد سؤال که ممکن است در مراجع قضایی رخ دهد باید گفت برای این موضوع در قانون مجازات جرم انگاری نشده لذا با توجه به اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها در صورت وقوع و لحاظ فقد عنصر قانونی قابل مجازات نیست.

۳۴۳- در اجرای حکم غیابی بر اساس تبصره ۲ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی اولاً - ضامن معتبر کیست؟ ثانیاً - تأمین مأخوذه چه مدت باید در اجرا بماند؟ ثالثاً - در صورتیکه دادنامه یا اجرائیه به محکوم علیه غایب ابلاغ واقعی نشده باشد اما نامبرده در موقع اجرای حکم (مزایده) شرکت نماید آیا حضور وی ابلاغ واقعی محسوب می شود و چنانچه واخواهی ننماید می توان از تأمینی که محکوم له سپرده رفع اثر نمود یا خیر؟

صدقی (مستشار دادگاه تجدیدنظر):

اولاً: کیفیت اخذ ضامن معتبر به نظر قاضی مربوطه و اوضاع و احوال حاکم و کیفیت و کمیت محکوم به و شخصیت محکوم علیه و محکوم له بستگی دارد و دارای ضابطه مدون و مشخصی نیست.

ثانیاً: مدت بقاء تأمین هم

مانند شق اول سؤال به موارد مذکور در آن وابسته است و برای رفع ابهام از سوالات مطروحه، خواستن تفسیر از مجلس شورای اسلامی ضروری است.

ثالثاً: ابلاغ واقعی دارای تعریف مقرر در قانون می باشد صرف حضور محکوم علیه در مرحله اجراء حکم نمی تواند ابلاغ واقعی محسوب شود، مگر اینکه به نحوی ابلاغ واقعی مفاد حکم به محکوم علیه مانند امضاء صورتجلسات اجراء حکم توسط محکوم علیه و موارد دیگر استنباط شود. مضافاً اینکه با توجه به پاسخ بند ۱ و ۲ رفع اثر از تأمین مأخوذه

ضرورتاً منوط به ابلاغ واقعی نیست، بلکه تابع موارد مندرج در پاسخ بند ۱ می باشد که فرض سؤال می تواند یکی از مصادیق آن باشد.

یاوری (دادستانی کل کشور):

پاسخ- نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه در مورد مدت اعتبار ضمانت یا وثیقه تودיעی چنین است: «... دلیلی که اعتبار ضمانت نامه یا تأمین مذکور را محدود به زمان معینی کرده باشد در دسترس نیست ناگزیر تأمین یا تضمین مأخوذه تا مراجعه محکوم علیه و اعتراض وی و صدور حکم قطعی و یا ابلاغ واقعی به او و مضمی مهلت های واخواهی و تجدیدنظر خواهی باید باقی بماند. نظریه شماره ۷/۹۰۱ مورخ ۱۳۷۱/۲/۱۸. در جلد ۲ تحریر مسئله پنجم صفحه ۴۱۳ در مقام اجرای حکم غیابی بیان گردیده که حکم غیابی را می شود اجرا کرد منتها باید امنیت خاطری برای امکان جبران خسارت احتمالی وجود داشته باشد.

با توجه به مطالب فوق و مقررات آیین دادرسی و اجرای احکام به اعتقاد اینجناب: الف - منظور از ضامن معتبر این است که مرجع قضایی ذیربط ملاتت ضامن را احراز نماید.

ب- گرچه در تبصره ۲ ماده ۳۰۶ به مدت ضمانت تصریح نشده است ولی چون نامحدود بودن مدت ضمانت باعث گرفتاری و عسر و حرج محکوم له خواهد شد و بلا تکلیف بودن ضامن یا مورد وثیقه برای مدت نامعلوم امری است غیر معقول، با استفاده از وحدت ملاک ماده ۱۶۸ قانون اجرای احکام مدنی می توان گفت مدت ضمانت پنج سال است.

ج- با استفاده از وحدت ملاک ماده ۸۳ ق.آ.د.م می توان گفت حضور محکوم علیه در جلسه مزایده به منزله ابلاغ واقعی است زیرا نامبرده در این جلسه از مفاد حکم مطلع گشته است.

معدنی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه یک تهران):

اولاً - منظور از ضامن معتبر در تبصره ۲ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی ضمانت تنی یا ضمانت مالی (وثیقه) است به این ترتیب که بین دادگاه و محکوم له یا فرد ثالثی به عنوان ضامن در قالب قرارداد خصوصی مقرر می شود که چنانچه از اجرای حکم غیابی خساراتی به محکوم علیه غایب وارد آمد شخص ضامن (در ضمانت تنی) مسئول جبران آن خواهد بود و در ضمانت مالی، خسارت از محل وثیقه تودیع شده جبران گردد. که رویه معمول دادگاهها در حال حاضر ضمانت تنی و چیزی شبیه موضوع کفالت است. در ماده مزبور ضامن معتبر تأسیس حقوقی جدیدی است که تنها در قالب عقود موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی قابل بحث و بررسی است. ثانیاً- بنا به نظریه اداره حقوقی تأمین مأخوذه تا زمان قطعیت حکم در اجرا می ماند. ثالثاً- حضور محکوم علیه در مزایده ابلاغ واقعی محسوب نمی شود ولی این حضور به منزله اطلاع از مفاد حکم است که مستنبط از تبصره یک ماده ۲۰۶ اثر ابلاغ واقعی را دارد یعنی مهلت ۲۰ روزه واخواهی از زمان

حکم خلع بد از یک ملک با ارزش نمی توان ضمانت چنین ضامنی را پذیرفت . لذا پارامتر اصلی وجود تناسب بین اعتبار ضامن با محکوم به ، به تشخیص قاضی مجری حکم می باشد .

ب) تأمین مأخوذه تا زمان مراجعه محکوم علیه و واخواهی وی و صدور حکم قطعی یا ابلاغ واقعی دادنامه یا اجرائیه به محکوم علیه و مضی مهلت واخواهی و تجدیدنظرخواهی ، بایستی در دایره اجرا باقی باشد . این نظر در

نظریه مشورتی شماره ۷/۹۰۱ مورخ ۲/۱۷/۱۳۸۱ اداره کل حقوقی قوه قضائیه مورد اشاره قرار گرفته و اگر بخواهیم مغایر با آن یعنی قبل از قطعیت حکم یا ابلاغ واقعی دادنامه یا اجرائیه به محکوم علیه از تأمین رفع اثر بکنیم امکان ورود

خسارت به محکوم علیه کماکان وجود دارد و فلسفه حکم مذکور ساقط خواهد شد .

ج) در صورت حضور محکوم علیه در جریان مزایده ، اطلاع وی از صدور حکم مفروض تلقی می شود و چون هدف از ابلاغ واقعی اطلاع مخاطب از جریان و مواعد دادرسی یا حکم صادره است و اگر محکوم علیه در زمان مزایده حضور یافته از

تحصیل تصویر دادنامه یا اجرائیه یا امضاء ذیل صورت مجلس دایره اجرا امتناع نماید نمی توان او را کماکان محکوم علیه غایب بی اطلاع از حکم تلقی نمود چرا که هدف از ابلاغ اطلاع محکوم علیه

است این برداشت دقیقاً در ماده ۸۳ ق.آ.د.م ذکر شده است جانی که قانونگذار احراز اطلاع مخاطب از اوراق قضایی را کافی دانست بنابراین اگر از سوی محکوم علیه مورد نظر دادخواست واخواهی طرح نشود و با اگر دادخواست واخواهی مطرح گردید طبق تبصره ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م قرار عدم پذیرش دادخواست واخواهی صادر گردد، دیگر استمرار ابقاء تأمین یا تضمین مأخوذه جهت و مبنای خود را از دست خواهد داد . و اگر قرار قبولی دادخواست

واخواهی هم صادر گردد باز هم بایستی از تأمین یا تضمین مأخوذه رفع اثر نمود زیرا هدف از اخذ تأمین اجرای حکم غیابی بوده و حال که دستور عدم اجرای حکم صادر شده و شکل رسیدگی قیافه اعتراض به دادنامه حضوری را پیدا کرده و محکوم علیه هم وارد جریان دادرسی شده ابقاء تأمین و تضمین مأخوذه محمل و جهت قانونی و منطقی نخواهد داشت .

منصوری (دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب) در اجرای حکم غیابی بر اساس تبصر ۲ ماده ۳۰۶ چند نکته قابل توجه است .

الف) الزاماً ضامن معتبر همان ضامن عقد ضمان ماده ۶۸۴ ق.م.ن نیست بلکه اعم از آن است و حسب مورد دعوا فرق می کند که دعوا مالی باشد یا غیر مالی .

حاصل کرد بعد از گذشت مواعد قانونی مربوط به واخواهی یا تجدیدنظرخواهی (از تاریخ اطلاع) و با فرض عدم اعتراض محکوم علیه می تواند بنا به درخواست محکوم له از تأمین مأخوذه رفع اثر نماید .

ثالثاً: در این قسمت دو نظر وجود دارد . نظریه نخست: چون به موجب مقررات مواد ۶۸ تا ۷۰ تا ۳۰۲ ، ۳۰۳ ، ۳۶۴ ق.آ.د.م ابلاغ واقعی تعریف شده است ، در فرض سؤال ابلاغ واقعی محسوب نمی شود .

نظریه دوم: منظور و هدف قانونگذار از لفظ ابلاغ واقعی اطلاع شخص مخاطب / محکوم علیه است و چنانچه

محکوم علیه به هر دلیل مدعی عدم اطلاع از مفاد دادنامه / اجرائیه باشد ، با حضور وی در جلسه مزایده این اطلاع محقق

شده است و دادگاه می تواند همین تاریخ را تاریخ ابلاغ فرض کند و چنانچه پس از گذشت مواعد قانونی واخواهی / تجدیدنظرخواهی دادخواست راجع به این موارد مطرح نشود ، می تواند بنا به درخواست محکوم له از تأمین مأخوذه رفع اثر کند . رضایی نژاد (دادگستری اسلامشهر) ؛ اتفاق نظر همکاران :

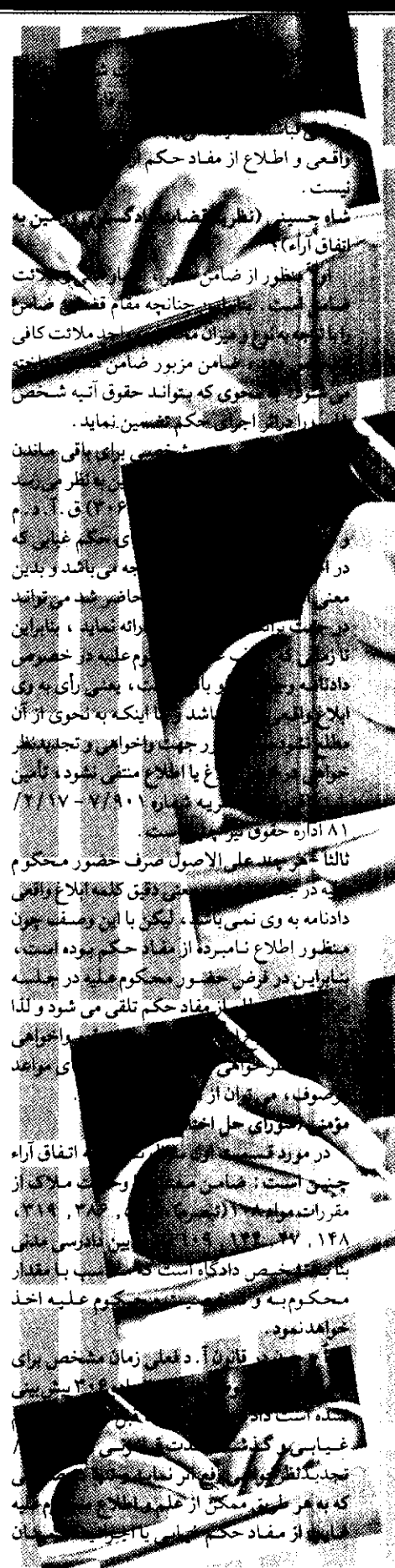
پاسخ قسمت اول - منظور اعتباری است یعنی تشخیص آن با قاضی است و از وحدت ملاک اخذ تأمین در امر کیفری (در خصوص کفالت) می توان استفاده نمود .

پاسخ قسمت دوم- تأمین باید تا زمانی که ابلاغ واقعی نشده و مهلت مقرر جهت واخواهی و حسب مورد تجدیدنظرخواهی منقضی نشده باشد اجرا نمایند (نظر اتفاقی)

پاسخ قسمت سوم - نظر اکثریت : اطلاع ملاک است و لذا ذکر ابلاغ واقعی با نوعی مسامحه همراه بوده و در حقوق ما اطلاع مهم است و نه رعایت تشریفات در ابلاغ . . .

آقای موسوی (مجمع قضایی بعثت):

الف) منظور از ضامن معتبر کسی است که بتوان از محل اعتبار وی در صورت نقض دادنامه غیابی متعاقب اعتراض محکوم علیه غایب یا به طرق قانونی ، خسارت وارده در اثر اجرای حکم به محکوم علیه را جبران نمود . می توان در این زمینه از وحدت ملاک قرار تأمین کیفری کفالت مقرر در قانون آیین دادرسی کیفری استفاده نمود . بدین شکل که برای اجرای حکم غیابی هم به نسبت بین محکوم به و اعتبار ضامن همچون نسبت جرم با اعتبار کفیل متهم توجه کنیم . فی المثل اگر محکوم به پرداخت وجه یک فقره چک به مبلغ دو میلیون ریال باشد معرفی ضامن که فرضاً کارمند قراردادی یک موسسه است از سوی محکوم له کفایت می کند اما برای اجرای



واقعی و اطلاع از مفاد حکم نیست .
شاه حسین (نظر قضایی در خصوص تأمین و اتفاق آراء)

منظور از ضامن معتبر همان ضامن عقد ضمانت است چنانچه مقام قضایی ضامن معتبر را در جریان مزایده احراز اطلاع کافی از مفاد حکم و مهلت تجدیدنظرخواهی یا ابلاغ واقعی محکوم علیه را بدین صورت که بتواند حقوق آتیه شخص را جبران کند محکم تضمین نماید .

شخصی برای اقامت مدعیان در صورت بروز اختلافات ، بنا بر این تاریخ و در صورت عدم حضور محکوم علیه در جلسه مزایده ، یعنی رأی به وی ابلاغ شده باشد و یا اینکه به نحوی از آن مطلع نشود ، در جهت واخواهی و تجدیدنظرخواهی یا اطلاع متنی نشود ، تأمین مزایده شماره ۷/۹۰۱ - ۲/۱۷/۸۱

۸۱ اداره حقوقی قوه قضائیه است .

ثالثاً محکوم علیه علی الاصول صرف حضور محکوم علیه در جلسه مزایده کافی نیست بلکه اطلاع واقعی دادنامه به وی نمی باشد ، لیکن با این وصف چون منظور اطلاع نامبرده از مفاد حکم بوده است ، بنابراین در فرض حضور محکوم علیه در جلسه مزایده اطلاع از مفاد حکم تلقی می شود و لذا

محکوم علیه در صورت حضور در جلسه مزایده ، می توان از مزایده اجتناب نمود .
مؤمن (حقوقی حل اختلاف)

در مورد تضمین تأمین و اتفاق آراء چنین است : ضامن معتبر کسی است که بتوان از محل اعتبار وی در صورت نقض دادنامه غیابی یا به طرق قانونی ، خسارت وارده در اثر اجرای حکم به محکوم علیه را جبران نمود . می توان در این زمینه از وحدت ملاک قرار تأمین کیفری کفالت مقرر در قانون آیین دادرسی کیفری استفاده نمود . بدین شکل که برای اجرای حکم غیابی هم به نسبت بین محکوم به و اعتبار ضامن همچون نسبت جرم با اعتبار کفیل متهم توجه کنیم . فی المثل اگر محکوم به پرداخت وجه یک فقره چک به مبلغ دو میلیون ریال باشد معرفی ضامن که فرضاً کارمند قراردادی یک موسسه است از سوی محکوم له کفایت می کند اما برای اجرای

تأمین و اتفاق آراء چنین است : ضامن معتبر کسی است که بتوان از محل اعتبار وی در صورت نقض دادنامه غیابی یا به طرق قانونی ، خسارت وارده در اثر اجرای حکم به محکوم علیه را جبران نمود . می توان در این زمینه از وحدت ملاک قرار تأمین کیفری کفالت مقرر در قانون آیین دادرسی کیفری استفاده نمود . بدین شکل که برای اجرای حکم غیابی هم به نسبت بین محکوم به و اعتبار ضامن همچون نسبت جرم با اعتبار کفیل متهم توجه کنیم . فی المثل اگر محکوم به پرداخت وجه یک فقره چک به مبلغ دو میلیون ریال باشد معرفی ضامن که فرضاً کارمند قراردادی یک موسسه است از سوی محکوم له کفایت می کند اما برای اجرای

ب) در خصوص مدت هر چند زمان معینی در قانون لحاظ نشده است ولی با عنایت به اینکه این تأمین برای مع الامن من تضرر المدعی علیه است اعمال لا ضرر از جانب ذی نفع هم لازم است لذا نمی توان زمان نامحدود لحاظ کرد باید حسب مورد و با عنایت به روال معمول و متفاوت مدت تعیین شود.

ج) منظور از ابلاغ هم در فراز سوم اطلاع است و این با نصوص قانونی هم منطبق است لذا حضور غایب در موقع اجرای حکم مزایده با عدم واخواهی سبب فک تأمین می شود.

ذائقی (مجتمع قضایی شهید محلاتی)؛

در خصوص قسمت اول سؤال که مربوط به چگونگی ضمانت و ماهیت آن است نظر اکثر همکاران محترم قضایی این است که از لحاظ شکلی نحوه اخذ ضمانت از محکوم له همانند اخذ تأمین از نوع کفالت در

حقوق کیفری است به این نحو که شخصی به عنوان ضامن مبادرت به انعقاد عقد ضمانت با مقام قضایی می نماید. احراز اعتبار ضامن نیز به نظر همان مقام قضایی است اما از لحاظ ماهیت تابع مقررات مواد ۶۸۴ لغایت ۷۲۳ قانون مدنی است زیرا عقد کفالت ناظر به حاضر کردن شخص متهم یا محکوم است اما عقد ضمان ناظر به جبران خسارت احتمالی وارده به محکوم علیه است که در اثر اجرای رأی غیابی متحمل خسارت شده اما بعداً در اثر واخواهی حکم به نفع وی صادر و عملیات اجرایی اعاده شده است.

اما در خصوص قسمت دوم سؤال و اینکه تأمین مأخوذه تا چه زمانی باید در اجراء بماند باید متذکر شد نظر به اینکه فلسفه اخذ تأمین جبران خسارات احتمالی محکوم علیه غایب پس از واخواهی و یا تجدیدنظرخواهی و صدور حکم به نفع وی می باشد به نظر می رسد همانگونه که نظر به شماره ۷/۹۰۱-

۱۳۸۱/۳/۱۷ اداره حقوقی نیز متذکر شده این تأمین تا زمانی که حکم صادره قابلیت واخواهی و تجدیدنظرخواهی را داراست یعنی تا قبل از قطعیت کامل دادنامه به قوت خود باقی خواهد بود. در خصوص قسمت سوم سؤال متذکر می شود که نظر به مقررات ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی که ناظر به چگونگی قطعیت دادنامه غیابی و اجرائ آن است با توجه به اینکه پس از ابلاغ دادنامه غیابی به صورت قانونی به محکوم علیه و مضمی مدت ۴۰ روز از تاریخ فوق دادنامه قطعیت می یابد و قابل اجراء می باشد و تنها دو راه برای واخواهی محکوم علیه باقی می ماند اول اینکه ضمن تقدیم دادخواست واخواهی مدعی عدم اطلاع از مفاد رأی شود دوم اینکه مدعی عذری داشته که نتوانسته در فرجه قانونی درخواست واخواهی تقدیم نماید بنابراین با توجه به

اینکه شرکت محکوم علیه در جلسه مزایده فرد اجلی اطلاع از مفاد رأی می باشد بنابراین چنانچه پس از شرکت در مزایده و در مدت ۴۰ روز از تاریخ فوق مبادرت به تقدیم دادخواست واخواهی یا تجدیدنظر خواهی ننماید رأی صادره دیگر قابل رسیدگی مجدد نیست. بنابراین تأمین مأخوذه بایستی مسترد شود.

سیدعباس حسینی (دادسرای عمومی و انقلاب ۳ تهران):

اولاً منظور مقنن از معرفی ضامن معتبر جهت اجرای حکم غیابی شخصی است که به هنگام انعقاد

عقد ضمان دارای ملائت باشد، ملائت هم امری اعتباری است و احراز ملائت نیز با قاضی مربوطه است. در احراز ملائت ضامن، باید وضعیت مالی وی و میزان محکوم به در نظر گرفته شود.

ثانیاً: قانون گذار برای تأمین مأخوذه مدت قائل

نشده لکن آنچه که از ماده ۳۰۶ قانون آ. د. م. مستفاد می گردد آن است که هدف مقنن از گرفتن ضامن جهت اجرای حکم غیابی جبران خسارت احتمالی محکوم علیه غایب در صورت نقض رأی می باشد. بنابراین تا زمانی که محکوم علیه از مفاد رأی مطلع نگردد و رأی صادره پس از ابلاغ واقعی به قطعیت در نیاید تأمین اخذ شده همچنان پابرجاست.

ثالثاً: با توجه به اینکه قانونگذار ابلاغ واقعی اخطاریه را به خواننده از مصادیق رأی حضوری دانسته ولو اینکه خواننده در جلسات دادرسی شرکت ننماید و لایحه ای نیز ارائه نکند می توان نتیجه گرفت که هدف مقنن اطلاع محکوم علیه از مفاد رأی است لذا با وجود شرکت نامبرده در جلسه مزایده می توان روز مزایده را تاریخ ابلاغ رأی به محکوم علیه دانست.

محمدی (حوزه قضایی بخش گلستان):

متعهد در عقد ضمان را ضامن می گویند، در ماده ۶۸۴ قانون مدنی عقد ضمان عبارت از این است که شخص مالی را که بر ذمه دیگری است بعهده بگیرد و متعهد را ضامن و طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می گویند و ضامن برابر ماده ۶۸۶ قانون مدنی باید اهلیت داشته باشد پس ضامن نباید محجور باشد و ضامن برابر ماده ۶۹۰ قانون مدنی، لازم نیست که مالدار باشد یعنی اعتبار شخص یا شخصیتی داشته باشد هم کفایت می کند و تعلق در ضمان مثل این که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد (ماده ۶۹۹ قانون مرقوم) و ضمان عقدی است لازم و غیر قابل فسخ مگر برابر مفاد ماده ۷۰۱ و ۶۹۰ قانون مرقوم و سایر قوانین جاری، از طرف دیگر

ضامن باید سهل الوصول و در دسترس باشد و به راحتی بتوان بدان دست پیدا کرد ضامن با توجه به تبصره ۲ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۹، کسی است که بتواند در صورتی که در آینده اثبات شود که به محکوم علیه، که حکم غیابی علیه او صادر شده است ضرری برسد، بتواند آن خسارت و ضرر و زیان وارده به محکوم علیه را از آن ضامن مطالبه نماید و در واقع ضامن، متعهد می شود که اگر حکم غیابی صادره، اجراء شد و در آینده محکوم علیه اثبات نمود که محکوم له حقی نداشته، و حکم نقض و بلا اثر شود، او حاضر است ضرر و زیان وارده به محکوم علیه را جبران نماید و اخذ ضامن در دعاوی مالی محدود نمی شود بلکه در دعاوی مثل طلاق هم دیده می شود که جهت اجرای طلاق، ضامن اخذ می شود.

۲- منظور از ضامن معتبر چیست یا کیست؟

ضامن معتبر عرفاً به کسی گفته می شود که توانایی مالی و اعتبار مالی دارد و می تواند تعهد به اقدام به عملی نماید و یا اعتبار شخصیتی داشته باشد به نحوی که اگر تعهد به اقدام به عملی نماید در صورت درخواست به اقدام به انجام تعهد، آن ضامن به تعهد خویش اقدام نماید پس اعتبار یا مالی است یا شخصی.

آنچه در حال حاضر در اجرای احکام متداول است اعتبار مالی ضامن است و ضامن با در اختیار گذاردن سند مالکیت ملک خویش و غیره و اقدامات مقتضی دیگر، متعهد می شود و بعد نسبت به اجرای حکم غیابی اقدام می نمایند و بهتر است با توجه به مطلق بودن «ضامن معتبر» به اعتبار شخصی هم توجه شود و در دعوی که محکوم به آن مالی و مثلاً مبلغ محکوم به، بیش از سه میلیون تومان نباشد ضامن معتبر چنانکه اعتبار شخصی باشد را بپذیرد همانطوری که در قرارهای تأمین کیفری از نوع کفالت، ملائت اشخاص مدنظر است و با احراز ملائت اشخاص، کفالت آنان پذیرفته می شود.

۳- تأمین مأخوذه چه مدت باید در اجراء بماند؟

برای پاسخگویی به سؤال مذکور باید دو فرض را مدنظر گرفت تا بتوان به سؤال بهتر جواب داد:

اول - اینکه چنانچه حکم غیابی صادره اجراء شده است تأمین مأخوذه چه مدت در اجراء باشد؟ چنانکه محکوم علیه نسبت به مفاد دادنامه و اجرائیه صادره که به اجراء درآمده و پایان یافته است آگاه شود و محکوم علیه نسبت به دادنامه صادره واخواهی کند از تاریخ واقعی، مدت تأمین مأخوذه به پایان می رسد و از آن رفع اثر خواهد شد و چنانچه محکوم له با تقدیم دادخواست به مرجع ذیصلاح اثبات نماید که محکوم علیه نسبت به مفاد دادنامه صادره مطلع شده زیرا هدف از ابلاغ، اطلاع طرفین دعوی نسبت به مفاد دادنامه صادره است که این هدف واقع شده و محکوم علیه از مفاد دادنامه مطلع شده است پس با احراز اطلاع محکوم علیه با توجه



به نحوی اجراء شده و درخواست اتمام عملیات اجرائیه یا تقاضای توقیف یا ابطال اجرائیه را بنماید که در این حالت نیز از تأمین مأخوذه محکوم له رفع اثر خواهد شد.

۶- هر گاه محکوم علیه به نحو قانونی نسبت به دادنامه غیابی صادره، و خواهی کند و دادگاه ذی صلاح پس از پذیرش و خواهی، دادنامه صادره را تأیید و ابرام نماید سپس محکوم علیه نسبت به آن دادنامه تجدیدنظر خواهی کند و دادنامه از ناحیه مرجع تجدیدنظر، ابرام و تأیید شود و دادنامه صادره قطعیت یابد و محکوم له تأمین مقتضی را بعد از صدور اجرائیه به نحو قانونی به اجرای احکام جهت اجرای مفاد اجرائیه صادره بسپارد، و قبل از اجرای مفاد اجرائیه، محکوم علیه به نحو قانونی از مقامات ذی صلاح مثل شعب تشخیص دیوان عالی کشور دستور توقیف عملیات اجرائیه را اخذ و به اجرای احکام تقدیم نماید، در اینجا به محض توقیف عملیات اجرائی، محکوم له می تواند قبل از اجرای اجرائیه، از تأمین مأخوذه، تقاضای رفع اثر کند که به محض تقاضا، از آن تأمین رفع اثر خواهد شد.

نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):

اولاً منظور از ضامن معتبر، شخصی است که اعتبار کافی داشته بنحوی که بتوان در صورت نقض حکم در مرحله و خواهی و تجدیدنظر، مقدمات اعاده وضعیت محکوم به ای را که به مرحله اجرا درآمده، فراهم آورد و این شخص اعم از شخص حقیقی یا شخص حقوقی که نسبت به محکوم به مالی می باید ملائت داشته باشد ولی در دعاوی غیر مالی صرف ملائت کافی نیست بلکه جهات دیگری لازم است تا به ضامن، اعتبار

بخشد؛ فی المثل در دعوی طلاق بعلت عسر و حرج زوجه که از باب ترک خانواده توسط زوج و بلا تکلیفی زوجه مطرح و پذیرفته شده و دادگاه بطور غیابی حکم به طلاق و صدور گواهی عدم امکان سازش را صادر می کند، اجرای حکم طلاق حسب

نسبت به دادنامه صادره که طرفین دادخواست و اطلاع (ابلاغ) است شروع می شود. در صورتی که اطلاع از دادنامه غیابی از محکوم علیه و اقباض مهلت و خواهی از آن محکوم علیه، رفع اثر خواهد شد. دوم: چنانکه حکم قطعی صادره اجراء شده باشد، چنانکه محکوم علیه به نحو قانونی از دادنامه صادره مطلع شده و خواهی کند از تأمین مأخوذه رفع اثر خواهد شد.

۳- چنانکه محکوم علیه به هر نحوی از دادنامه صادره مطلع نشده باشد، چنانکه محکوم علیه به نحو قانونی نسبت به دادنامه صادره مطلع نشده و خواهی کند از تأمین مأخوذه رفع اثر خواهد شد. ۴- چنانکه محکوم علیه نسبت به حکم غیابی قرضی که در مرحله اجرای احکام منتهی شده و نسبت به دادنامه ذیصلاح اعلام نماید، اثبات نماید، دوم علیه از مفاد دادنامه صادره، مطلع شده و خواهی کند از تأمین مأخوذه رفع اثر خواهد شد. ۵- چنانکه محکوم علیه نسبت به حکم غیابی شروع می شود، از تأمین مأخوذه رفع اثر خواهد شد.

۳- هر گاه از تاریخ صدور اجرائیه بیش از پنج سال گذشته و نسبت به اجرائیه (اولو ضمانت معتبر جهت اجرا، اجرائیه سپرده باشد) تعقیب نکرده باشد اجرائیه بلا اثر تلقی می شود و در این مورد اگر حق اجراء وصول نگشوده باشد دیگر قابل وصول محکوم علیه می تواند مجدداً از دادگاه اجرائیه را درخواست کند.

۴- هر گاه شخص ثالثی نسبت به دادنامه صادره به عنوان معترض ثالث، اعتراض نماید و ضمن تقدیم دادخواست معترض ثالث، از اجرای حکم درخواست کند، اجرای حکم را از مرجع صالحه موقوف است، چنانکه که در صورت پذیرش درخواست معترض ثالث، صدور قرار تأخیر در اجرای حکم (توقیف عملیات اجرائی)، مفاد اجرائیه متعلق به اجراء می افتد و محکوم له می تواند نسبت به آن دادنامه تجدیدنظر خواهی کند.

۵- هر گاه محکوم علیه نسبت به حکم غیابی مطلع شده و خواهی کند از تأمین مأخوذه رفع اثر خواهد شد. ۶- هر گاه محکوم علیه نسبت به حکم غیابی مطلع نشده و خواهی کند از تأمین مأخوذه رفع اثر خواهد شد. ۷- هر گاه محکوم علیه نسبت به حکم غیابی مطلع شده و خواهی کند از تأمین مأخوذه رفع اثر خواهد شد. ۸- هر گاه محکوم علیه نسبت به حکم غیابی مطلع نشده و خواهی کند از تأمین مأخوذه رفع اثر خواهد شد. ۹- هر گاه محکوم علیه نسبت به حکم غیابی مطلع شده و خواهی کند از تأمین مأخوذه رفع اثر خواهد شد. ۱۰- هر گاه محکوم علیه نسبت به حکم غیابی مطلع نشده و خواهی کند از تأمین مأخوذه رفع اثر خواهد شد.

تأمین بسیار مشکل است ولی معتنع و متعذر نیست. در چنین وضعیتی تعیین مبلغی بعنوان خسارت احتمالی یا تأمین، اثر بازدارنده خواهد داشت. البته برخی از کمیسیونهای مشورتی قوه قضائیه نیز اعلام داشته اند که حکم مقرر در تبصره ۲ ماده ۳۰۶ صرفاً مربوط به دعاوی و محکوم به مالی است و نسبت به محکوم به غیر مالی قابل اجراء نیست. بنظر اینجانب می رسد با توجه به ملاک مقرر در بند ب ماده ۳۸۶ آ. د. م. جدید بتوان تبصره ۲ ماده ۳۰۶ آ. د. م. جدید را شامل محکوم به غیر مالی نیز دانست زیرا در بند ب ماده ۳۸۶ آ. د. م. جدید، به منظور تأخیر اجرای حکمی که از آن درخواست فرجامی شده، مقنن اجازه داده که اگر محکوم علیه تأمین مناسب بدهد، اجرای حکم مربوط به محکوم به غیر مالی تا صدور رأی فرجامی به تأخیر افتد. بنابراین در دعاوی غیر مالی و محکوم به غیر مالی نیز می توان، تأمین مناسب را به تشخیص دادگاه تعیین و اخذ نمود و موضوع تبصره ۲ ماده ۳۰۶ آ. د. م. جدید از این حیث، خصوصیتی ندارد تا مانع اتخاذ چنین تصمیمی شود. این امر علی الاطلاق در ماده ۳۸۹ آ. د. م. جدید نیز پیش بینی شده است. ولی تنها مورد مقید و محدود، بند الف ماده ۴۳۷ آ. د. م. جدید در باب اعاده دادرسی است که اعلام داشته پس از صدور قرار قبولی اعاده دادرسی، چنانچه محکوم به غیر مالی باشد، اجرای حکم متوقف خواهد شد و محتاج به اخذ تأمین متناسب نیست که این امر بلحاظ صدور قرار قبولی اعاده دادرسی است.

ثانیاً- تأمین مأخوذه مدت ندارد و مقنن در این خصوص تصریح به مدت نکرده بلکه ابقاء آن را تا زمانی دانسته که دادنامه یا اجرائیه به محکوم علیه غایب، ابلاغ واقعی شده و نامبرده در مهلت مقرر از تاریخ ابلاغ دادنامه، و خواهی نکرده باشد. بنظر می رسد عدم تجدیدنظر ظرف مهلت مقرر را نیز باید در تقدیر گرفته و به تبصره ۲ ماده ۳۰۶ افزود.

هدف مقنن از گرفتن ضامن جهت اجرای حکم غیابی جبران خسارت احتمالی محکوم علیه غایب در صورت نقض رأی است

اداره کل حقوقی قوه قضائیه طی نظریه شماره ۹۰۱/۷ مورخ ۱۳۸۱/۲/۱۷ اعلام داشته که «اجرای حکم غیابی منوط به معرفی ضامن معتبر یا اخذ تأمین مناسب از محکوم له خواهد بود و دلیلی که اعتبار ضمانت نامه یا تأمین مذکور در محدود به زمان معینی کرده باشد در دسترس نیست ناگزیر تأمین یا تضمین مأخوذه تا مراجعه محکوم علیه و اعتراض وی و صدور حکم قطعی و یا ابلاغ واقعی به او و مضي مهلت های و خواهی و تجدیدنظر خواهی باید باقی بماند» (به نقل از روزنامه رسمی ۱۷۵۹۸ مورخ ۱۳۸۴/۵/۸). بنظر نگارنده اگر چه تأمین مأخوذه مدت ندارد ولی هر زمان که رئیس دادگاه

تبصره ۲ ماده ۳۰۶ آ. د. م. جدید باید موکول به معرفی ضامن شود که ضامن مزبور از حیث نفوذ و اختیار، نزد محکوم له دارای آنچنان اعتبار و اختیاری باشد که بتوان از این طریق، ازدواج دوم محکوم لها را تا احراز ابلاغ واقعی یا اطلاع محکوم علیه از حکم غیابی و عدم و خواهی و تجدیدنظر خواهی او در مهلت مقرر، محدود و مقید نمود. زیرا هرگاه محکوم لها در آید و سپس حکم غیابی در اثر و خواهی یا تجدیدنظر خواهی محکوم علیه، نقض گردد، امکان اعاده عملیات اجرائی متعذر و محال است. بهر حال در دعاوی غیر مالی، تعیین خسارت مادی بعنوان

احراز نمود که محکوم علیه حکم غیابی به طریقی از آن مطلع شده، کفایت خواهد کرد. بعبارت دیگر ابلاغ، طریقت دارد و موضوعیت ندارد و ملاک مقرر در مادین ۸۳ و ۳۰۶ آ. د. م جدید که در باب اطلاع محکوم علیه و اثبات و احراز اطلاع از حکم، متضمن حکم خاص می باشد، قابل توجه است.

بنظر می رسد، اطلاع محکوم علیه از حکم غیابی و احراز این اطلاع توسط دادگاه، در حکم ابلاغ واقعی باشد. اما به منظور عملی کردن مراتب اطلاع محکوم علیه حکم غیابی از مفاد حکم غیابی و آزاد نمودن تأمین مأخوذه در مرحله اجراء، بهترین روش آن است که محکوم علیه از مفاد حکم، در مقام اثبات آن برآید. بدیهی است این امر صرفاً در مرحله اجراء صورت گرفته و محتاج به هیچگونه تشریفات دادرسی نیست و دادگاه پس از رسیدگی به درخواست محکوم له، چنانچه اطلاع محکوم علیه از حکم غیابی را احراز نمود می تواند تصمیم خود را طی صورتجلسه ای اتخاذ نموده و تاریخ اطلاع محکوم علیه از حکم غیابی را نیز در تصمیم یا صورتجلسه تنظیمی، اعلام دارد. همین تاریخ می تواند مبنای شروع مدت واخواهی و سپس شروع مهلت تجدیدنظرخواهی محکوم علیه باشد که با انقضاء مواعد مزبور، حق واخواهی و تجدیدنظرخواهی محکوم علیه ساقط تلقی و تأمین مأخوذه می بایست بدستور دادگاه آزاد گردد.

ثالثاً: در مورد قسمت سوم سؤال مطروحه نیز پاسخ مثبت است زیرا همچنانکه در بالا نیز گفتیم، ابلاغ اوراق قضایی و از جمله آراء محاکم، صرفاً بمنظور اطلاع مخاطب ابلاغ

صورت می گیرد و خود ابلاغ موضوعیت ندارد بلکه طریقت دارد.

لهذا به هر ترتیبی بتوان احراز نمود که مخاطب ابلاغ و از جمله محکوم علیه حکم غیابی از مفاد حکم مطلع گشته، مؤثر در مقام بوده و با مضمی مدت واخواهی از تاریخ اطلاع،

واخواهی از آن ممکن نخواهد بود. چند مستند قانونی این نظر را تقویت می کند: اولین مستند قانونی تبصره ماده ۸۱ آ. د. م جدید است زیرا تاریخ امتناع خواننده از گرفتن اوراق یاد شده در ماده ۶۷ و استنکاف از دادن رسید موضوع ماده ۶۸ آ. د. م جدید را تاریخ ابلاغ دانسته است. همین نص نشان می دهد که مقنن، خواننده ای را که از گرفتن اوراق قضایی امتناع می کند، مطلع از مفاد اوراق مزبور دانسته و همین اطلاع را ملاک ابلاغ قرار می دهد در حالیکه که اصل ابلاغ یا تشریفات آن

در این خصوص معمول نگشته است این اطلاع و امتناع خواننده را باید در حکم ابلاغ واقعی دانست دومین مستند قانون ماده ۸۳ آ. د. م جدید است که حتی با فرض ابلاغ اوراق به غیر شخص مخاطب، آن را در صورتی دارای اعتبار می داند که برای دادگاه محرز گردد که اوراق اطلاع مخاطب رسیده است. بنابراین در مواردی که ابلاغ به شخص غیر مخاطب یعنی بصورت ابلاغ قانونی صورت می گیرد، فرض مقنن عدم اعتبار ابلاغ است زیرا دادگاه باید احراز کند که اوراق مزبور به اطلاع مخاطب رسیده است. ابلاغ به شخص غیر مخاطب بیشتر ناظر بر ماده ۶۹ آ. د. م جدید است که ابلاغ اوراق به بستگان یا خادمان مخاطب ابلاغ صورت خواهد گرفت. در هر حال ملاک مقنن در ماده ۸۳ آ. د. م جدید نیز اطلاع مخاطب می باشد و سومین مستند قانونی تبصره ۱ ماده ۳۰۶ آ. د. م جدید است. زیرا مقنن ولو اینکه حکم غیابی به محکوم علیه غیاب، ابلاغ قانونی نیز شده باشد، آن ابلاغ را معتبر تلقی و با انقضاض مهلت های قانونی و قطعیت آن، حکم مزبور را قابل اجراء می دانند و مضافاً اینکه مطابق پاراگراف دوم تبصره ۱ ماده ۳۰۶ آ. د. م جدید، با ابلاغ قانونی حکم غیابی به محکوم علیه غیاب، فرض بر عدم اطلاع او نیست بعکس فرض مقنن بر آن است که محکوم علیه غیاب از مفاد حکم مطلع گشته است به همین دلیل نیز او را در موضع مدعی قرار داده و مکلف ساخته تا عدم اطلاع از مفاد رأی را به اثبات رساند. به عبارت دیگر باید امر مدعی را ثابت کند. بنابراین صرف تقدیم دادخواست واخواهی، اجراء حکم غیابی را که با مضمی مواعد واخواهی و تجدیدنظرخواهی از تاریخ ابلاغ قانونی، قطعیت یافته و به مرحله اجراء رسیده، متوقف نخواهد کرد بلکه محکوم علیه غیاب می باید با تقدیم دادخواست مزبور، ادعای خود را از عدم اطلاع مفاد رأی بر مسند اثبات بنشانند و دادگاه پس از رسیدگی به ادله و ادعای محکوم علیه مبنی بر عدم اطلاع از مفاد رأی

غیابی، حسب مورد قرار قبول دادخواست واخواهی یا رد آن را صادر خواهد نمود و تنها در صورتی که ادعای محکوم علیه درخصوص عدم اطلاع از رأی غیابی ثابت گردد، قرار قبول دادخواست واخواهی را صادر خواهد نمود که صدور این قرار، مانع اجراء حکم خواهد بود و الا مادام که ادعای محکوم علیه ثابت نگردد و قرار قبول دادخواست واخواهی صادر نشود، اجراء حکم غیابی متوقف نخواهد شد. با توجه به مراتب فوق پاسخ به قسمت سوم

در دعاوی غیرمالی تعیین خسارت مادی بعنوان تأمین بسیار مشکل است ولی ممتنع و متعذر نیست در چنین وضعیتی تعیین مبلغی بعنوان خسارت احتمالی یا تأمین اثر بازدارنده خواهد داشت

سؤال نیز روشن می گردد. بدین ترتیب که هرگاه دادنامه یا اجرائیه به محکوم علیه غیاب ابلاغ واقعی نشده باشد، اما نامبرده در موقع مزایده ای که به منظور اجراء حکم غیابی، برگزار شده، شرکت نماید، صرف حضور وی در موقع و جریان مزایده، اطلاع از مفاد رأی تلقی و به منزله ابلاغ واقعی محسوب می گردد (که البته این مطلب، امری موضوعی است که توسط دادگاه باید احراز شود) و چنانچه ظرف مدت ۲۰ روز از تاریخ این اطلاع و حضور در جلسه برگزاری مزایده، واخواهی ننماید و ظرف ۲۰ روز نیز تجدیدنظرخواهی نکند (در صورت قابل تجدید نظر بودن حکم)، با اعلام مراتب مزبور توسط محکوم له به دادگاه صادر کننده حکم، می توان از تأمین که محکوم له به منظور اجراء حکم غیابی سپرده، رفع اثر نمود.

نظریه قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۴/۷/۷)؛

پاسخ اولاً- در خصوص موضوع سؤال ضابطه مدون و مشخصی مبنی بر اینکه ضامن معتبر کیست وجود ندارد اما باید ملائت و اعتبار چنین ضامنی احراز شود تا در صورت نقض دادنامه غیابی و ورود خسارت به محکوم علیه غیابی توان جبران خسارت مقرر را داشته باشد. احراز ملائت و اعتبار ضامن مذکور همانند اخذ تأمین کفالت در مسائل کیفری با مقام قضایی ذی ربط است.

پاسخ ثانیاً - اکثریت: در تبصره ۲ ماده ۳۰۶ ق. آ. د. م مدت ضمانت معلوم نیست بدین لحاظ تا زمانی که حکم غیابی به محکوم علیه غیاب ابلاغ واقعی نشده در نتیجه مدت واخواهی و تجدیدنظرخواهی سپری نگردیده تأمین مأخوذه به قوت خود باقی خواهد بود، نظریه شماره ۷/۹۰۱-۷/۱۷/۲/۸۱ اداره حقوقی نیز مؤید همین مطلب است.

اقلیت: نامحدود بودن مدت ضمانت مشکلاتی را برای محکوم له و ضامن ایجاد خواهد کرد زیرا که بلا تکلیف بودن ضامن یا تأمین مأخوذه برای مدت نامعلوم امری غیر معقول است لذا برای رفع این مشکل و در صورت عدم تحقق ابلاغ واقعی حکم غیابی می توان مدت مذکور را با توجه به وحدت ملاک ماده ۱۶۸ قانون اجراء احکام مدنی پنج سال دانست.

پاسخ ثالثاً- هر چند که حضور محکوم علیه غیابی در روز مزایده حاکی از اطلاع وی مبنی بر اجراء حکم غیابی صادره علیه وی می باشد و تردیدی نیست که از مفاد حکم مذکور و چگونگی اقدامات اجرائی نیز در آن روز مطلع خواهد شد و نیز حق دارد تصویر اوراق مربوطه را دریافت نماید بنابراین و با توجه به وحدت ملاک ماده ۸۳ ق. آ. د. م این امر به منزله ابلاغ واقعی حکم غیابی بنامبرده محسوب می شود و چنانچه ظرف مدت مقرر واخواهی یا تجدیدنظرخواهی ننماید از ضامن یا تأمین مأخوذه رفع اثر خواهد شد.